بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني

إعداد
زياد شفيق حسن قرارية

إشراف
د. حسن سعد عوض خضر

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2004

عقد المقاولة في الفقه الاسلامي

وما يقابله في القانون المدني

اعداد

زياد شفيق حسن قرارية

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 8/ 6 / 2004م، وأجيزت.

أعضاء اللجنة	التوقيع
1. د. حسن سعد خضر (مشرفا) رئيسا	
2. د عبد المنعم ابو قاهوق (عضواً) ممتحنا داخليا	
3. د. شفيق عياش (عضواً) ممتحنا خارجيا	

ب

الإهداء

.إلى روح والديّ اللذين فارقاني وأنا صغير ... رحمهما الله تعالى

إلى العلماء العاملين، والمجاهدين المرابطين...

.إلى زوجتي الوفية الصابرة التي أعانتني على سلوك طريق العلم والعلماء

إلى ولديّ الحبيبين عبادة وأحمد

.إلى إخواني الأعزاء وأختي الغالية

.إلى كل مسلم غيور على دينه، وكل أسير قابع خلف القضبان

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر والتقدير لأستاذي الفاضل الدكتور حسن خضر، الذي تفضّل بقبول الإشراف على رسالتي، وأفادني بتوجيهاته ونصحه وإرشاداته، فأسأل الله تعالى أن يثيبه ويتقبل منه، وأن يرفع درجته في الدنيا والآخرة.

كما أتوجه بالشكر والتقدير للأستاذين الفاضلين:

فضيلة الدكتور: عبد المنعم أبو قاهوق، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بجامعة النجاح الوطنية .

وفضيلة الدكتور: شفيق عياش، عميد كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة القدس.

اللذين تفضلا بقبول مناقشة الرسالة، نفع الله بهما، وأمدّ في عمريهما.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى فضيلة الدكتور عكرمة سعيد صبري، المفتي العام للقدس و الديار الفلسطينية،حيث زودني بمراجع هامة أفادتني في دراستي هذه.

ولا أنسى أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى فضيلة الشيخ جميل حمّامي، أمين سر جمعية لجنة العلوم والثقافة الإسلامية- القدس-، ومدير مدرسة الإيمان الثانوية للبنين، الأستاذ كامل خضر على ما بذلاه من تعاون وتسهيل لمتابعة دراستي والتفرغ للبحث والمطالعة.

كما أتوجه ببالغ شكري وامتناني لزوجتي العزيزة، التي وقفت إلى جانبي وشاركتني التدقيق والمراجعة لفصول الرسالة.

وأخيراً أشكر أخي الفاضل، الأستاذ مراد عبد الله ، على جهده الدؤوب في طباعة هذه الرسالة وحسن ترتيبها وتنظيمها، وكل من ساهم في إخراج هذه الرسالة .

الفهرس

عقد المقاولة في الفقه الإسلامي

وما يقابله في القانون المدني

إعداد

زياد شفيق حسن قرارية

إشراف

د. حسن سعد عوض خضر

الملخص

تناولت الرسالة موضوع " عقد المقاولة في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة أوضحت في مقدمتها – التي تحتوي خمسة فصول وملاحقها – مدى قدرة الفقه الإسلامي على استيعاب المستجدات، ومنها عقد المقاولة وغيره من العقود، بغرض رفع الحرج عن الناس وتيسير أمور حياتهم.

ومهدت للدراسة بتعريف العقد لغةً وفقهاً وقانوناً، ثم انتقلت للحديث عن حقيقة عقد المقاولة، وأهم خصائصه التي يمتاز بها عن غيره، والتي اعتمدت عليها لتمييزه عن سائر العقود، وانتهى البحث إلى أن عقد المقاولة عقد مستقل عن غيره، وإن شاركه في بعض صفاته.

وعالجت الدراسة في فصلها الثاني ما لعقد المقاولة من أثر في تنشيط الحركة الاقتصادية، بجميع صوره، سواء قدم المقاول العمل والمادة الخام من عنده، وهذه صورة عقد الاستصناع، أو قدم العمل وحده، والتي تعد من قبيل الأجير المشترك، ومن خلال ذلك توصلت إلى أدلة مشروعية عقد المقاولة من القرآن و من السنة والمعقول.

وعالجت الدراسة في الفصل الثالث مقومات عقد المقاولة، وما ينبغي أن يتوافر في كل ركن من شروط، كما هو الحال في عقد البيع والإجارة وسائر العقود.

وتناول الفصل الرابع الآثار التي يخلفها عقد المقاولة من التزامات في حق كل من المقاول وصاحب العمل، وما يتبعها من مسائل كالشرط الجزائي، وحكم التعديلات والإضافات.

وأما الفصل الخامس فقد عالجت الدراسة فيه أسباب انقضاء عقد المقاولة في كل من الشريعة والقانون، على غرار ما تنتهي به الإجارة في الفقه الحنفي.

وتضمنت الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، وإلحاق الفهارس بها، وهي فهـــارس الآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، والأعلام، والمصادر والمراجع.

الفصل الأول

مفهوم عقد المقاولة، وخصائصه، وتكييفه

في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون

المبحث الثاني: مفهوم عقد المقاولة، وخصائصه

المبحث الثالث: عقد المقاولة بين الاستقلال و الاتباع

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الوضعي

المبحث الأول

تعريف العقد في اللغة والإصطلاح والقانون

المبحث الأول: تعريف العقد في اللغة والإصطلاح والقانون:

المطلب الأول: تعريف العقد في اللغة: [1]

للعقد معانٍ كثيرة منها: الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة، و أصل العقد نقيض الحل، يقال: عقدت الحبل عقداً، أي شددته وقويته أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكمته بالعقد عليهما، وقد جعلت دلالة هذه المادة على الربط الحسي أساساً لاستعمالها، واستعملت أيضاً في الربط المعنوي بين كلامين أو متعاهدين، كقولهم: عقدت البيع، وعقدت العهد، واستعملت في كل ما يعقدة العاقد ويلزم نفسه ويربطها، ولذلك سمي اليمين عقداً، ومنه قوله تعالى: " وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمْ الْأَيْمَانَ " [2]

والعقد: الضمان والعهد، جمعه العقود، وهو أوكد العهود، عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته وذلك باستيثاق، وتعاقد القوم، تعاهدوا وقوله تعالى: " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " [3] ،قيل هي العهود، قال الزجاج [4]: أوفوا بالعقود، خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين[5].

المطلب الثاني: تعريف العقد في الإصطلاح

[1] الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ضبط وتوثيق يوسف البقاعي ، بيروت . دار الفكر سنة 1995م،(ص272)وابن فارس، أحمد بن فارس : معجم مقاييس اللغة . تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون .ط 2 ، بيروت : دار الجيل 1968م،(4 /286–287) ، والزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني : تاج العروس من جواهر القاموس . ط3 . دراسة وتحقيق علي شيرى . بيروت : دار الفكر 1994م ، (115/5) ، وابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب . بيروت . دار صادر ، 1997 م ، (3/ 296–298) ، و مجمع اللغة العربية : والمعجم الوسيط . ط2 . القاهرة 1972 م ،ص644

[2] سورة المائدة : الآية : (89) .

[3] سورة المائدة : الآية (1) .

[4] إبراهيم بن السري ، أبو إسحاق ، ولد في بغداد (241 هـ) ، عالم في النحو واللغة ، كان في شبابه يحترف خراطة الزجاج ، ثم مال إلى النحو ، أخذ العلم عن أستاذه المبرد، من كتبه "معاني القرآن" و " الاشتقاق "والقوافي والعروض ، توفي سنة 321 هـ ، انظر : البغدادي : تاريخ بغداد . بيروت : دار الكتب العلمية (6/ 89– 93) .، وابن تغري بردي : النجوم الزاهرة . القاهرة : المؤسسة المصرية للتأليف . 1963 م (3/ 280) .

[5] ابن منظور : لسان العرب . (3/ 297)

يطلق الفقهاء كلمة العقد في اصطلاحهم على معنيين:

أحدهما بالمعنى العام: وهو كل ما ينتج التزاماً شرعياً، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبين، كالبيع والإجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد، كالوقف والطلاق، لما فيها من العزم والإرادة على تنفيذه، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية[1] والشافعية [2] والحنابلة [3] وأقل منه في كتب الحنفية، ويقول ابن تيمية رحمه الله في الفتاوى [4] قال تعالى: " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "[5] والعقود هي العهود وقال تعالى:" وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا " [6] فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، والآخر بالمعنى الخاص: تكاد تكون عبارات الفقهاء متقاربة عند تعريفهم العقد بمعناه الخاص، والعقد على هذا الإطلاق يستوجب وجود طرفين له، ويرتبط قول كل منهما مع الآخر لإحداث التزام متبادل بينهما، كالاستصناع والشركة، وقد عرفه العلامة محمد بن محمود البابرتي [7] " الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل " [8]

---

[1] ابن جزي ، محمد بن أحمد : القوانين الفقهية . ط1 . بيروت : دار القلم . 1977 م (ص 181) .

[2] والرملي ،محمد بن أبي العباس:نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.بيروت : دار الكتب العلمية 1993م . (3/ 372) والسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن : الأشباه والنظائر.ط1 . بيروت: دار الكتب العلمية ، 1983 .(ص275).

[3] البهوتي ، منصور بن يونس : كشاف القناع عن متن الإقناع . بيروت : دار الفكر . 1982 م(3/ 136) .

(4) ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم : الفتاوى الكبرى . ط1 .بيروت : دار المعرفة . 1988. (3/ 406– 407)

(5) سورة المائدة ، الآية (1) . 98

(6) سورة الأنعام : الآية (152) .

[7] أكمل الدين محمد بن محمد البابرتي الحنفي، ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة هجرية ، رحل إلى حلب والقاهرة وأخذ عن شيوخها أمثال شمس الدين الأصفهاني وأبي حيان ، كان حسن المعرفة بالفقه والعربية والأصول ، وصنف " شرح البزدوي " و" الهداية " "وشرح مختصر ابن الحاجب" توفي بمصر سنة 786 هـ ، انظر ابن العماد الحنبلي : شذرات الذهب . بيروت : دار الفكر . 1988 م . (3/ 293) . و ابن أبي الوفاء ، عبد القادر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية . ط2 . الرياض دار إحياء الكتب العربية . 1993 م . (3/ 360) .

(8) البابرتي ، محمد : شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية للسيواسي. بيروت : دار الفكر . (6/ 248) .

وجاء في البحر الرائق " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً " [1]

وجاء في المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية ما نصّه " العقد التـزام المتعاقـدين امراً وتعهدهما به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول ".

وفي المادة (104) جاء فيها " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر علـى وجه مشروع يظهر أثره في محله " [2]

وجمع مصطفى الزرقاء بين المادتين عندما عرّف العقد بقوله: " هو ارتبـاط إيجـاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله " [3]

وقد عرف القانون المدني الأردني العقد في المادة (87) بقوله " العقـد هـو ارتبـاط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبـت أثـره فـي المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر " [4]

وهذا التعريف مستمد من المادة (262) من كتاب (مرشد الحيران) والتـي تـنص على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبـول الآخـر، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقـدين بما وجب للآخر " [5]

---

(1) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية .ط1 . بيـروت :دار الكتـب العلمية . 1997 م . (5/ 439) .

(2) حيدر ،علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . تعريب فهمي الحسيني.بيروت :دار الكتب العلمية .(1/92-93) .

(3) الزرقاء ،مصطفى: المدخل الفقهي العام .ط 9 ، دمشق : دار الفكر . 1967 م . (1/ 291)

(4) نقابة المحامين : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . ط 2 . عمان : مطبعة التوفيق ، 1985 م . (ص93).

(5) قدري باشا ،محمد: مرشد الحيران . عمان : الدار العربية (ص72) ، وهو كتاب في أحكام المعاملات ، اقتصـر مؤلفه على المذهب الحنفي ، وعرضه على شكل مواد وبترتيب حسن .

وكلا التعريفين في أصلهما اعتمد على ما جاء في الفقه الإسلامي من تعريف للعقد، وبالأخص المذهب الحنفي، غير أن القانون الأردني في مادته أضاف كلمة (وتوافقهما)، وهذا تكرار لا داعي له، لأن كلمة ارتباط تغني عنها، فلا يكون الارتباط إلا بتوافق الإيجاب والقبول، وهو يتفق مع المعنى اللغوي للعقد، وإضافة قيد (ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر) أيضاً زيادة على التعريف ويغني عنها بثبوت الأثر وترتبه، فمن آثار العقد التزام كل متعاقد بما يجب عليه، كما أن هذا العقد يجعل العقود كلها ملزمة للجانبين، مع أن هناك عقوداً مسماة ملزمة لجانب واحد، كالوكالة والوديعة إذا كانتا بدون أجر. [1]

والذي أستحسنه بعد هذا العرض، ما ذهب إليه د. عبد الناصر أبو البصل، إذ قال في تعريفه للعقد " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع " [2].

أما قولهم " يظهر أثره في محله "فهو بيان للانعقاد وليس للعقد [3] وأصله ما نصّ عليه ابن نجيم [4] في البحر الرائق: " والعقد شرعاً على ما في التوضيح ربط القبول بالإيجاب". [5]

---

(1) د. أبو البصل ، عبد الناصر موسى : دراسات في فقه القانون المدني ، النظرية العامة للعقد . ط 1 .عمان : دار النفائس . 1999 م . (ص 38- 40)

(2) المرجع السابق .(ص40) .

(3)د. البوطي ، محمد توفيق رمضان: البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها،(رسالة دكتوراه منشورة) ط1 ، دمشق : دار الفكر . 1998 م . (ص21)

(4) زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي ، ولد بالقاهرة سنة (926 هـ) وكان فقيهاً أصولياً ، ومن شيوخه شرف الدين البلقيني ، وأبو الفيض السلمي ، وانتفع به خلق كثير منهم أخوه عمر صاحب النهر ومحمد االغزي صاحب المنح . وله " الأشباه النظائر " و " البحر الرائق " و " مختصر التحرير "و " شرح المنار " ، توفي سنة (970 هـ) . انظر : حاجي خليفة ، مصطفى بن عبد الله : كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون .بيروت : دار الفكر 1982 م . (1/ 98) و ابن عماد الحنبلي: شذرات الذهب (358/4) .

(5) ابن نجيم : البحر الرائق (5/ 440) .

تحليل التعريف الفقهي للعقد:

ارتباط الإيجاب بالقبول: المقصود الارتباط الاعتباري بين شخصين، ويخرج به التصرف القولي الناجم عن إرادة منفردة، الذي ينشىء التزاماً على صاحبه وحده، إذ ليس في ذلـك ارتباط بين طرفين كالوقف على جهة البر والنذر والطلاق.[1]

وأصل هذا الارتباط الرضا المعبر عنه بالإيجاب والقبول، والإيجاب لغة هـو الإثبـات، وهو مطابق للمعنى الفقهي، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله، ويلتـزم بـه إذا انضم قبول الآخر إلى إيجابه وكان موافقاً له.

والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة بمضمون الإيجاب السابق بجميع عناصره، وبـه يتم العقد ، ومجموع الإيجاب والقبول يسمى صيغة العقد.[2]

على وجه مشروع: أي لا يعتبر الارتباط قائماً إلا إذا توافرت فيه الضوابط الشـرعية، فهناك قيود على الإيجاب والقبول، كالتطابق المطلق بينهما، وأن يكون كل منهما جازمـاً، واتصالهما في مجلس العقد، وسأتناول ذلك تفصيل ذلك عند الحديث عن شروط الصـيغة فـي أركان عقد المقاولة بإذن الله.

وأضاف الفقهاء قيوداً أخرى لتحقق الارتباط شرعاً، منها:

أولاً: أن يكون العقد مستوفياً مقوماته، وشروط انعقاده، وشروط صحته.

---

(1) د. الدريني ، فتحي : النظريات الفقهية . ط 3 ، دمشق : منشورات جامعة دمشق 1992 م . و د. البـوطي ، محمـد توفيق : البيوع الشائعة (ص 20) .

2) الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . تحقيق الشيخ أحمد غزو .ط 1 . بيـروت : دار الكتب العلمية 2000م .(277/4) ، وابن نجيم : البحر الرائق (5/ 440) ، وابن عابدين ، محمد أمين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار .دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معـوض . ط1 . بيروت: دار الكتب العلمية 1994 .(7/ 17) .

ثانياً: أن يكون سببه مشروعاً ، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً أيضاً ، حتى لا يتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع، ويهدم مقاصد التشريع.[1]

يظهر أثره في محله: المراد بالأثر حكم العقد الأصلي أو غايته النوعية وبقية الآثار الأخرى.

والمحل هو المعقود عليه، كالمبيع في البيع، والعين المرهونة في الرهن، فهو يختلف باختلاف طبيعة العقد، فالارتباط المعتبر شرعاً يؤثر في المعقود عليه، وينقله من حال إلى حال آخر جديد، فعقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهكذا.

أما إذا لم يفد العقد شيئاً ولم يؤثر على المعقود عليه، أي لم ينقله إلى حال جديد فالعقد لا ينعقد، كأن يتعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين، فالعقد لم يفد شيئاً جديداً، فهو مقرر بمقتضى عقد الزواج من قبل.

ولا ينعقد العقد أيضاً إذا كان مفيداً فائدة غير مشروعة، بأن كان محل العقد غير مشروع، كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال، أو على بيع خمر.[2]

---

(1) ابن نجيم : البحر الرائق(5/ 432) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (12/7)، والميداني ، الشيخ عبد الغني الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب ، حققه محمود أمين النواوي ، بيروت : دار الكتاب العربي .(4/2) ، ود . الدريني،فتحي:النظريات الفقهية(ص 254 – 256) ، و د .البوطي، محمد توفيق : البيوع الشائعة (ص 21).

(2) ابن نجيم ، البحر الرائق (5/ 337) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 13) .

المطلب الثالث: تعريف العقد في القانون

عرّف رجال القانون العقد بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقلـه أو تعديله أو إنهائه " [1]

إن مجرد الاتفاق بين إرادتين غير كافٍ لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنـة هـي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أنها أمر نفسي خفي ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولا بد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر، وهذه النزعة الذاتية الغالبـة في القوانين العربية والأجنبية عدل عنها الفقه الإسلامي، والقوانين التـي اسـتمدت منـه أحكامها كالقانون المدني الأردني، واعتمدت على الإرادة الظاهرة، لتعـذر ظهـور الإرادة الباطنة، فألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، وقـد رجـح أكثـر الشّراح والفقهاء المعاصرين الإرادة الظاهرة على الباطنة، والنزعة الموضوعية في العقـد على الذاتية، لما لها من نتائج في استقرار التعامل.

وعندما عرّفت القوانين العربية والأجنبية العقد بأنه " توافق ارادتين " أدخلت ضـمنه العقد الباطل ؛ لأنها لم تقيده بوجه مشروع، وقد يحصل اتفاق بين الارادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً لانعقاده، وأدخلت أيضاً الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقـد، وهـذا عيب في التعريف؛ لأنّه غير مانع.[2]

والتعريف الفقهي أدق تصوراً وأحكم منطقاً كما يقول الزرقاء [3]

---

[1] السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . ط 3 . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية ، 1998 م .(150/1) ، ود. الشرقاوي ، جميل : النظرية العامة للالتزام . دار النهضة العربية 1995 م.(ص52) .

[2] د . أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القـانون المـدني .(ص 38 ، 39 ، 46) ،والبـوطي ، محمـد توفيق : البيوع الشائعة (ص 21 ، 22) ، والزرقاء ، مصطفى : المدخل الفقهي العام .(194/1) ، ود. الـدريني : النظريات الفقهية (ص 261 – 262) .

[3] الزرقاء : المدخل الفقهي العام (1/ 295) .

المبحث الثاني: مفهوم عقد المقاولة

المطلب الأول: مفهوم المقاولة في اللغة والاصطلاح الشرعي

يراد بالمقاولة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقاولة إذا فاوضه وجادله، وتقاولوا في الأمر: تفاوضوا، وتطلق أيضاً على إعطاء العمل للآخر، قاوله مقاولة على: تعهد منه للقيام به، والمقاول: من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت، أو إصلاح طريق، و المقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يقوم للآخر بعمل معين بأجر محدد في مدة معينة. [1]

المقاولة في الاصطلاح الشرعي:

لا يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عرف معنىً وعملاً، من خلال تطابق صوره مع بعض العقود المشروعة في الفقه الاسلامي كالإجارة والاستصناع. [2]

وقد ورد ذكر عقد المقاولة بإجمال دون تفصيل عند المتأخرين من الفقهاء والمعاصرين منهم، ليؤكدوا أن الفقه الإسلامي يستوعب كل ما هو جديد في المعاملات المالية، ما دام ضمن الضوابط والقواعد العامة التي أرساها ، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (124) بأن الاستصناع " عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع" [3].

---

(1) الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس .(641/5) ، وابن منظور : لسان العرب ، (5/ 345)
مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط (ص 767)

(2) عنبر ، محمد عبد الرحيم : عقد المقاولة والتوكيلات التجارية . ط2 . القاهرة 1987 م .(ص8) ، و د. رسلان نبيلة : عقد المقاولة . كلية الحقوق ، جامعة طنطا (ص14) . ود . الفضلي ،جعفر : الوجيز في العقود المدنية – البيع – الإيجار – المقاولة . ط2 . عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع 1997 م .(ص366) .

(3) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (99/1) .

وجاء بيان لبعض أحكام عقد المقاولة في كتاب (مرشد الحيران)، دون ذكر تعريف له عند تنظيمه لأحكام الأجير المشترك، ومن ذلك ما ورد في المادة (602) والتي تنص على أنه " يجوز استئجار الصانع أو المقاول لعمل بناء مع تعيين أجرته كل يوم بدون مقدار العمل، أو مع تعيين أجرة كل ذراع أو متر يعمله، أو بالمقاولة على العمل كله، مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً " [1]

وذكر الدكتور الصديق محمد أمين تكييفاً لعقد المقاولة، وقرر أن المقاول إذا تعهد بصنع شيء وكانت المادة من صاحب العمل، فيعد العقد حينئذٍ من قبيل الإجارة، وإذا تعهد بتقديم العمل والمادة معاً فالعقد من قبيل الاستصناع [2].

وورد تعريف لعقد المقاولة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي عند بحثه لعقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أنّ عقد المقاولة " عقدٌ يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر " [3] وبنفس المعنى عرّفه الدكتور رفيق المصري، حيث قال: " وعقد المقاولة اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد للآخر " [4].

---

[1] قدري باشا ، محمد : مرشد الحيران (ص 116)

[2] الضرير ، الصديق محمد الأمين : الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي . ط2 . بيروت : دار الجيل . (1990) (ص 459) .

[3] عقد المقاولة والتعمير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي . الدورة الرابعة عشرة . بقرار رقم 129 (3/ 14)

[4] المصري ، رفيق يونس : الجامع في أصول الربا .ط2 . دمشق : دار القلم . 2001 . (ص 380) .

المطلب الثاني: تعريف المقاولة في القانون المدني

يعد عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسّماة، أي وضعت له اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو القوانين الأخرى، لتميزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة.

ومن المناسب عرض بعضها، وتحليلها ثم المقارنة بينها، وصولاً إلى تعريف أراه جديراً بأن يكون أساساً للتكييف الشرعيّ المناسب لهذا العقد الواسع الانتشار والتطبيق في هذا العصر.

وقد عرفته المادة (646) من القانون المدني المصري بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "[1] وتطابقها المادة (612) من القانون المدني السوري [2] والمادة (864) من القانون المدني العراقي [3] والمادة (645) من القانون المدني الليبي [4].

وعرفته المادة (780) من القانون المدني الأردني بأنه " المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر " [5]

---

[1] د. السنهوري ، عبد الرزاق أحمد : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .(7/ 5) .

[2] أستاذنا د . الزحيلي ، محمد : العقود المسّماة : البيع – المقايضة والإيجار ، ط4 ، منشورات جامعة دمشق ، 1994 ، (ص 65) .

[3] د . الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية – البيع – الإيجار – المقاولة . (ص 368) .

[4] عنبر ، محمد عبد الرحيم ، الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص 7).

[5] نقابة المحامين ، عمان ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني .(2/ 582) .

وعرض مشروع القانون المدني الفلسطيني تعريف عقد المقاولة في المادة (790) بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر "[6]

وقضت المادة (661) من التقنين المدني الكويتي بأن: " المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً أو نائباً عنه " [1]

وعرفه الدكتور محمد لبيب بقوله: " المقاولة عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته " [2]

ويلاحظ بالمجمل أن التعريفات السابقة لا تبرز الخاصية الأساسية لعقد المقاولة، وهي أن يقوم المقاول بالعمل الذي تعهد به باستقلال تام عن صاحب العمل ، وتحت إشراف المقاول وإدارته وحده.

وكان تعريف القانون المدني الكويتي، وتعريف د. محمد لبيب شنب ومن وافقهم أدق وأحكم عندما أبرزوا هذه الخصيصة الأساسية لعقد المقاولة [3].

والقوانين التي استعملت كلمة " بدل " كالقانون المدني الأردني، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون الكويتي الذي استعمل كلمة عوض، كانت أدق ممن استعمل كلمة أجر، وذلك لسببين: [4]

---

[6] وزارة العدل ، ديوان الفتوى والتشريع ، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين . مشروع القانون المدني (ص 123) .

[1] د. الشهاوى ، قدري عبد الفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن ، القاهرة : منشأة المعارف حزى وشركاه . ط 2.(ص 8) .

[2] د. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة ، القاهرة : دار النهضة العربية . 1962 . (ص11) .

[3] انظر د. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص12) ، ود.رسلان ، نبيلة: عقد المقاولة ص18 ،ود. أبو قرين ، أحمد عبد العال : الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسة تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية . ط1 . القاهرة 2003 ، (ص 1) ، د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني0 (7/ 12) .

أولاً: اتجاه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير.

ثانياً : البدل أعم وأشمل من الأجر ، لأنه يشمل الثمن والأجر معاً.

ولهذا من الأَولى أن تقيد تعريف مشروع القانون المدني الفلسطيني وغيرها من التقنينات بقيد الإدارة، ليكون التعريف على النحو الآتي: " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً بإدارته لقاء بدل يتعهد به المتعاقد الآخر "

وبهذا القيد يخرج عقد العمل من التعريف، فالعامل به يخضع لرقابة وإدارة صاحب العمل و يكون الأخير مسؤولاً عنه كمسؤولية المتبوع عن التابع [1].

---

[4] نقابة المحامين : المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني (2/ 582) ، وأستاذنا د.الزحيلي ،وهبة : العقود المسّماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني . ط1 . دمشق : دار الفكر 1987 . (ص 275) .

[3] د.أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني . (رسالة دكتوراه غير منشورة) .الجامعة الأردنية .عمان . الأردن 1995 م (ص17) .

المطلب الثالث: خصائص عقد المقاولة في الفقه القانون:

من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدم يتضح أنّ له خصائص و أوصافاً يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد الناظمة له، وأهمها هذه الخصائص [1]:

---

[1] عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص7) ، د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسّماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني .(ص 276) ، ود.رسلان ، نبيله : عقد المقاولة (ص 19- 21) ، ود. السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المصري (ص 6-7) ود. الشهاوي ، قدري عبد الفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن .(ص 8-18) .، ود. أبو قرين ، أحمد عبد العال : الأحكام العامة لعقد المقاولة (ص 14- 15) ، ود. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني العقود المُسماة في المقاولة ، الوكالة ، الكفالة . ط1 . دار الثقافة ، عمان . (ص 7) ، ود. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة .(ص 12- 13) ، أستاذنا د. أبو قاهوق ، عبد المنعم : عقد المقاولة المفهوم ، التكيف الفقهي ، الخصائص ، بحث قيد النشر . جامعة النجاح الوطنية . نابلس : فلسطين 2001 م ، د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني .(19- 20) .

أولاً: أنه عقد رضائي: أي لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة " الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان " [2]

ثانياً: يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

ثالثاً: أنه عقد معاوضة: لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما يعطي.

رابعاً: أنّه عقد ملزم للجانبين: فعقد المقاولة منذ إبرامه يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه وبدفع البدل.

خامساً: أنّه عقد وارد على العمل: فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين ، وكونه أيضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوعٍ من التبعية أو الإشراف من جانب صاحب العمل.

---

[2] حيدر ،علي : درر الحكام . (1/ 62)

فعقد المقاولة يحدد النتيجة التي أرادها المتعاقدان، ويتـــرك للمقـــاول حريـــة اختيـــار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها.

سادساً : أنه عقد محدد: العقد المحدد هو العقد الذي يمكن لكل من طرفيـــه أن يحـــدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها الى المتعاقد الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخـــذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر.[1]

سابعاً: أنّه عقد ممتد: لأنّ الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مســـتمرة أو أداءات دورية،والعقد الممتد أقسام هي : عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار، وعقد العمـــل لمـــدة معينة، وعقد ذو تنفيذ دوري، كعقد التوريد، وعقُد المقاولةِ يشمل القسمين معاً.

ويقابل العقد الممتد العقد الفوري التنفيذ كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعـــة واحـــدة وقـــد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختيارياً أو إجبارياً، ويترتب على هذا التقسيم أمران:

الأول: لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي ؛ لأن ما نفـــذ منـــه لا يمكـــن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى الزمن الآتي بعد الفسخ.

والثاني: العقود الممتدة هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً [1].

---

[1] د. الدريني ،فتحي : النظريات الفقهية .(ص 344) ، عقد الغرر : هو الذي لا يستطيع فيه أحد المتعاقدين أن يحدد عند العقد مقدار غنمه وغرمه بمقتضى عقد ه ، وإنما يتحدد ذلك في المستقبل تبعاً لأمر مجهول أو غير محقق الحصول ، كبيع اللبن في الضرع ، لاحتمال أن يكون انتفاخاً .

[1] انظر الزرقاء ، مصطفى أ حمد : المدخل الفقهي العام . (1/ 583- 584) ، وسوار ، وحيـــد الـــدين : النظريـــة العامة للالتزامات . ط 2 . دمشق : المطبعة الجديدة 1987 م (ص 41 وما بعدها) ، وابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب : إعلام الموقعين ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد . بيروت : دار الجيل 1973 م . (2/ 5)

ثامناً: الاعتبار الشخصي في إبرام عقد المقاولة:

ويبدو الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهــن الحرة الماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحــامي و الرســام، إذ يعتمــد تحقيــق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهنــي، ويبــرر الاعتبــار الشخصي في المقاولة الحكم بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقــد تلقائياً إلى الخلف العام.

المبحث الثالث

عقد المقاولة بين الاستقلال والاتباع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثالث:

عقد المقاولة بين الاستقلال والاتباع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن الخصائص السّابقة التي ذكرتها لعقد المقاولة بمجموعها هي التي تميزه عن غيره من العقود، ولكن هذه الصفات لا يستقل بها عقد المقاولة، ولا يتفرد فيها عن بقية العقود، بل يشاركه كثير من العقود في صفة منها أو أكثر، وهنا يحصل الاشتباه بين المقاولة وغيرها، ويثور الالتباس في تكييف العقد.

وقد يتفق المتعاقدان على عقد مختلط من المقاولة وغيره، أو يضاف إلى عقد المقاولة شروط أو صفة من عقد آخر، وكثيراً ما يختلف الرأي والاجتهاد في تكييف العقود المختلطة.

فمعرفة خصائص العقد، وما يميزه عن غيره من العقود، أول ما ينبغي للباحث والقاضي دراسته وفهمه، لإعطاء العقد الوصف القانوني له، ولمعرفة طبيعته القانونية، وتطبيق الأحكام القانونية التي وضعها القانون له.

ومن المناسب هنا أن أذكر بإيجاز التطور التاريخي لعقد المقاولة، فقد مرّ بمراحل كثيرة عبر التاريخ لم يكن خلالها عقداً مستقلاً كما هو معروف حالياً، إذ لم يكن عقد المقاولة معروفاً لدى البابليين بهذا الاسم، وإنما كان مختلطاً بعقد الإيجار، وخصوه بعناية كبيرة.

وتنص المادة (233) من قانون حمورابي [1]على أنه " إذا بنى شخص بيتاً لرجل ولم يكن عمله مأموناً، بحيث أصبح الحائط خطراً ، فعليه أن يدعم الحائط على نفقته " وهي توضح مسؤولية العامل – المقاول – عن عمله[2].

ولم يكن عقد المقاولة معروفاً كعقد مستقل أيضاً في القانون الروماني إنما كان مختلطاً بعقد الإيجار الذي كان محل العقد فيه أعمالاً يدوية، ويعدّها أعمالاً حقيرة لا يزاولها إلا الأرقاء والأجراء، ويرتبطون بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم، ويلاحظ أنه شبه عمل الإنسان بالمتاع من حيث إمكان الانتفاع به، وبعقد الوكالة عندما يكون محل العقد أعمالاً عقلية رفعاً لشأنها، وشأن من يقوم بها ولينفي عن أصحابها صفة الأجير[1].

ولم يذكر الفقهاء المسلمون عقد المقاولة بهذا الاسم في مدوناتهم، وإنما تجد صور عقد المقاولة متطابقة مع ما قرره الفقه الإسلامي في بيانه للعقود المشروعة،وذلك على ضربين:

الأول: أن يقدم المقاول (الصانع) العمل والمادة معاً ، ويسمى العقد بعقد الاستصناع، وهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع[2].

والثاني: أن يقدم المقاول (الصانع) العمل فقط على أن يقدم صاحب العمل (المستصنع) مادة الصنع من عنده، فيكون المقاول هنا أجيراً مشتركاً ، والأجير المشترك هو الذي يعمل

---

[1] حمورابي من أشهر ملوك مملكة بابل ، وضع القانون ونسب إليه ، واحتوى على (282) مادة ، صيغت بإسلوب شبيه بالقوانين الحديثة ، وتعتبر شريعة حمورابي من أهم المدونات القانونية في بلاد الرافدين ، ففي عصره الذي دام حوالي 42 عاماً (1728– 1686 ق. م) بلغت الحضارة البابلية أوج عظمتها من حيث تنظيم العلاقات بين الأشخاص ، جعفر ، محمد علي : تاريخ القوانين .ط1 . بيروت : المؤسسة الجامعية للدراسات . 1998م . (ص24 –26) ، الفضل ، منذر : تاريخه القانون . ط2 . عمان : مكتبة دار الثقافة والنشر . 1996 م . (ص 76–84) .

[2] د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية .(ص 366) ، وعبيدات ، نوري يوسف : مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني دراسة مقارنة . (رسالة ماجستير غير منشورة) . الجامعة الأردنية . عمان 1987 .(ص 3– 4) .

[1] د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(7/ 6–7) ، و قرة ، فتيحة:أحكام عقد المقاولة . ط1 . الإسكندرية : منشأة المعارف ، جلال حزى وشركاه . 1992م (ص 20) .

[2] الميداني ، عبد الغني الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (2/ 93)

لا لواحد مخصص، أو لواحد من غير توقيت [3]، ويستحق أجرة في مقابل ما يؤديه مـن عمل، مع توافر الاستقلال في أدائه لعمله.

وكان القانون المصري القديم والقانون الفرنسي متأثرين بالقانون الروماني، فبقي عهـد المقاولة مختلطاً بعقدي الإيجار والعمل كما كان عليه سابقاً ، ودمج التقنين المصري القديم بين العقود الثلاثة تحت اسم " عقد الإيجار " فما كان موضوعه الانتفـاع بالشـيء سُـمي بإجارة الأشياء، وما كان موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان سُمي بعقد إجـارة الأشـخاص، وعقد المقاولة سُمي بإجارة أرباب الصنائع [4].

ويقول الدكتور السنهوري: " ولم يرق تشبيه العمل بالسلعة في نظر أنصـار المـذهب الاشتراكي فنادوا بأن العمل ليس بسلعة، واستتبع هذا التغيير في الفكرة الاقتصادية تعـديلاً في الفكرة القانونية، ففصلت التقنينات الحديثة هذه العقود بعضها عن بعض، وعلـى هـذا النهج سار التقنين المدني الجديد.[1]

ناهيك عن أن هذه النظرة أصبحت لا تتمشى مع مقتضيات الحاجات الحاضرة، وتعـد أشكال المقاولة وصورها في العمل، مما يستوجب مرونة تنظيم القانون لهذا العقـد بحيـث ينسجم مع الحالات المختلفة [2].

فعقد الإيجار يرد على منافع الأشياء، فمن الطبيعي أن ينفصل عنه عقد المقاولة الـذي يرد على العمل، وإذا كان كل من عقدي العمل والمقاولة يردان على العمل، فـإن أولهمـا

---

[3] ابن عابدين ، محمد أمين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار . (7/ 474)

[4] د . السنهوري ، : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (6/7) ،ود. عنبر ،محمد : الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية .(ص 10-11) .

[1] د . السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني . (7/7) .

[2]د. السرحان ،عدنان: شرح القانون المدني العقود المسّماة (ص11) ، و قرة ،فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص20) .

يرد على العمل بذاته، أما الآخر فيرد على نتيجته، ويؤدي المقاول عمله باستقلال عن رقابة صاحب العمل وإشرافه، بخلاف العامل في عقد العمل.

ولكي يصف القاضي عقداً بأنه مقاولة، لا بد أن يتوافر فيه حقيقتان أساسيتان:

الأولى: أن المقاول يقوم بعمله مستقلاً دون إشراف أو إدارة من صاحب العمل.

والثانية: أن العمل المتفق عليه إنما يتم في مقابل أجر [3].

فعقد المقاولة عقد جديد، أخذ اسماً جديداً ، فصّلت أحكامه وصوره وطبيعته أغلب القوانين المدنية المعاصرة، يشتبه عقد المقاولة بعقود منها عقد البيع، والإجارة والعمل والوكالة والوديعة، ويعم بأحكامه عقوداً مختلفة في الفقه الإسلامي، وهي: الاستصناع، والأجير المشترك، والسّلم، والجعالة، وهذا ما أعرض له بشيءٍ من التفصيل في المطالب الآ تية.

المطلب الأول: المقاولة والبيع

البيع لغة: مصدر باع، باعه يبيعه بيعاً، إذا أخرجه عن ملكه بعوض، والبيع ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضاً، وهو من الأضداد، حيث يطلق على أخذ السلعة ودفعها، ومن ذلك قوله تعالى "وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ " [1] أي باعوه.

وهو مقابلة الشيء بالشيء: سواء أكانا ماليين أم لا فهو مطلق المبادلة: يعني أخذ شيء وإعطاء شيء، ولفظ البيع يتعدى بنفسه إلى مفعولين فتقول بعته السلعة [2].

---

[3] د . شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . (ص 14) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني العقود المسماة (ص11) ،ود. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني (7/7) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 21) .

[1] سورة يوسف : أية (20)

[2] ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب . (23/8-25) ومجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط (1/ 79) .

البيع اصطلاحاً:

لعقد البيع تعريفات قريبة من المعنى اللغوي لكلمة البيع، نصّ عليها الفقهاء في مدوناتهم، منها عند الحنفية: " مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص "[3]. وزاد بعضهم قيد " التراضي " [4].

وخرج بالمبادلة عقود التبرع كالهبة.

وعرّفه الشافعيه بأنّه:" مقابلة مال بمال على وجه مخصوص " [5] أي بإيجاب وتعاط.

وعرّفه المالكية بأنه " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة " [6]

وعرفه الحنابلة بقوله " مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً " [7]

وجاء في تعريفات الجرجاني[1] البيع: " مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم، تمليكاً وتملكاً " [2].

---

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار (7/ 11) .

[4] السيواسي ، كمال الدين بن الهمام : شرح فتح القدير على الهداية . بيروت : دار الفكر .(6/ 246) .

[5] الدمياطي ، عثمان بن محمد : حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين . ضبطه وصححه محمد سالم هاشم . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية . 1995 . (3/3) .

[6] الدسوقي ، محمد بن أحمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية 1996 . (3/4)

[7] ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد : المغنى ،. تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب ود. السيد محمد السيد و إبراهيم صادق . ط1 . القاهرة : دار الحديث 1996 م . (5/ 244) .

[1] هو علي بن محمد بن علي ، المعروف بالشريف الجرجاني ، ولد سنة 740 هـ ، في جرجان من ولاية (استراباد) ، من كبار العلماء بالعربية ، قدم القاهرة وأخذ عن علمائها ثم خرج إلى بلاد الروم ثم لحق ببلاد العجم ، وله نحو خمسين مصنفاً ، منها " التعريفات " و " شرح مواقف الإيجي " . توفي سنة 816 هـ ، حاجي خليفة : كشف الظنون (1/

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها لا تسلم من الانتقاد، وليست دقيقة، فهي غير مانعة لدخول الربا والقرض والصرف والسلم والإجارة، وغير جامعة لخروج بيع المنافع كممر الدار مع أنها تصح أن تكون محلاً للبيع.[3]

والتعريف الذي اخترته هو للسادة الشافعية، كما نصّ عليه الخطيب الشربيني [4]فقال:" وحدّه بعضهم بأنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد ".

فدخل بقوله " منفعة " بيع حق المهر ونحوه، وخرجت الإجارة بقيد التأبيد " فإنها ليست بيعاً، وخرج بقيد المعاوضة القرض،و الربا،فلا تسمى هذه معاوضة عرفاً، وخرج عقد النكاح والخلع والصلح عن الدم بقيد " الملك " فالزوج لا يملك منفعة البضع. وإنما يتملك أن ينتفع به، والزوجة والجاني لا يملكان شيئاً، وإنما يستفيدان رفع سلطة الزوج ومستحق القصاص، فهذا التعريف أولى وأسلم لخلوه من الانتقادات التي وجهت إلى غيره [5].

ومن خلال التعريفات السابقة لعقد البيع، تتضح أوصافه وخصائصه، وهي [1]:

---

448) ، والتنوجي ، صديق بن حسن : أبجد العلوم . تحقيق عبد الجبار زكار . بيروت : دار الكتب العلمية . 1978 م . (3/ 57) .

[2] الجرجاني ،علي : التعريفات . تحقيق إبراهيم الإبياري .بيروت : دار الكتاب العربي .1985م . (ص 68) .

[3] د. وفا ، محمد : أثر صور البيوع الفاسدة ، بيوع الربا والغرر والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . القاهرة : مطبعة السعادة . 1984 . (ص10 / 13) .

[4] محمد بن محمد الشربيني ، شمس الدين ، من فقهاء الشافعية ، من أهل القاهرة ، أخذ العلم عن الشيخ أحمد البرلسي الملقب عميرة ، والنور المحلى ، وانتفع به خلائق لا يحصون ، وأجمع أهل مصر على صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل والزهد والورع ، له تصانيف عديدة ،منها " السراج المنير " و " الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع " و" مغني المحتاج " ، توفي سنة 977هـ ، ودفن بالقاهرة . ابن عماد الحنبلي ، شذرات الذهب . (384/4) .

[5] الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دراسة وتحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي معوض . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية 1992 م . (2/ 322) .

[1] انظر : ابن عابدين :حاشية رد المحتار على الدر المختار . (7/ 10 وما بعدها) ، والبهوتي : كشاف القناع . (3/ 146 وما بعدها) ، والأنصاري ، زكريا بن محمد : الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية 1997 م (4/ 396 وما بعدها) ، ود. الزحيلي ، محمد :القانون المدني المقارن بالفقه الاسلامي. (ص 52 / 55) ، ود. الفضل ، منذر ود. الفتلاوي ، صاحب : شرح القانون المدني الأردني : العقود

1- أنه عقد معاوضة مالية بين طرفين، فيعطي كل متعاقد مقابلاً لما يأخذ.

2- أنه عقد رضائي ينعقد دون شكليات معينة، بل بمجرد تراضي المتبايعين.

3- أنه عقد ملزم للجانبين: فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المعقود عليه، مقابل التزام المشتري بدفع العوض، فلا يقبل الفسخ إلا باتفاق الطرفين.

4- أنه ناقل للملكية: وهذا أهم خصائص عقد البيع، فورد تصنيفه في التشريعات المدنية ضمن زمرة العقود الواردة على الملكية، فالقانون لا يعد البيع بحد ذاته ناقلاً للملكية بل ينشىء التزاماً بذلك، بينما تذهب الشريعة الإسلامية إلى أن انتقال الملكية أمر تلقائي، فهو مقتضى عقد البيع أو موجبه.

5- أنه عقد فوري التنفيذ: لأن تنفيذه يتم دفعة واحدة، ولا يقوم على فكرة الزمن، ولا يعد عنصراً أساسياً فيه.

6- أنه عقد محدد: يستطيع كل متعاقد أن يحدد قيمة ما يعطي بمقتضى العقد وقيمة ما يأخذ، دون أن يتوقف ذلك على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقود الغرر.

الفرق بين البيع والمقاولة:

من خلال ما تقدم من بيان لأوصاف المقاولة والبيع أصبح بالإمكان التفريق بينهما على النحو الآتي:

أولاً: المقاولة ترد على العمل، والبيع عقد ناقل للملكية يرد على العين، فإذا تعهد

المُسمّاة – البيع والإيجار . ط3 . عمان : مكتبة دار الثقافة . 1996 م (ص 22/ 23) ، ود.السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط . (4/ 23/ 24) .

المقاول بصنع خزانة بحسب مواصفات معينة بناء على طلب الآخر فالعقد مقاولة، أما إذا كانت لديه من قبل وطلبها من يريدها فباعها له فالعقد بيع [1].

وهذا لا شبهة فيه حينما يقدم صاحب العمل المادة من عنده، واقتصر المقاول على تقديم عمله فقط، ولكن تثور الشبهة عند علماء القانون [2]، إذا قدّم المقاول المادة والعمل معاً ،وهذه صورة عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ،وفي التشريعات القانونية المعاصرة سُمي استصناعاً، ونظموا أحكامه ضمن عقد المقاولة واختلفوا في الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع، هل هو مقاولة أو بيع ؟ ويمكن أن نجمل الآراء التي قيلت بهذا الصدد فيما يأتي :

أ) ذهب بعضهم إلى أن الاستصناع بيع لشيء مستقبل [3]، فهم يرون أن القصد من عقد الاستصناع ليس العمل المكلف به، وإنما الشيء المصنوع، وهذا الرأي يتفق مع وجهة نظر فقهاء الحنفية فقد قرروا أن الاستصناع فرع مستقل من أنواع البيوع [4]. ووجه قولهم أن الصانع لو أحضر عيناً كان عملها قبل العقد ورضي به المستصنع جاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز، لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي.

ولكن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر إلا إلى أثر واحد للعقد، وهو نقل ملكية الشيء المصنوع، ويهمل جوهر عقد الاستصناع، وهو التزام الصانع بصنع هذا الشيء، ويقول

---

[1] د . السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط . (7/ 23) .، د. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص15) ، د. أبو قرين ، أحمد : الأحكام العامة لعقد المقاولة . (ص 22) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني الأردني (11)

[2] نفس المراجع السابقة ، ود.الزحيلي ، محمد : العقود المسمّاة . (ص66) ، و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص24) .

[3] د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني (7/ 25) ، ود. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة . (ص17) ، و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة .(ص25) ، عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة (ص41) .

[4] الكاساني ، علاء الدين بن مسعود : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . تحقيق عادل أحمد وعلي معوض .ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية . 1997 م . (6/ 84) .

الكاساني: " فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليلاً عليه، ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع، فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما " [1]

ب) رأي يقول إن الاستصناع يكون مقاولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل، فالرسام الذي يقدم الخامات قيمتها أقل بكثير من قيمة العمل فالعقد مقاولة، أمّا إذا تعهد شخص بتوريد سيارة بعد قيامه بإصلاحات طفيفة بها فالعقد بيع، ويستند هؤلاء إلى القاعدة التي تقضي بأنّ:" الفرع يتبع الأصل" [2] وأما إذا تقاربت قيمة المادة من قيمة العمل، فيصبح العقد مزيجاً من بيع ومقاولة، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه.

ولئن كان هذا الرأي الراجح في الفقه والقضاء وعند علماء القانون [3] غير أنه منتقد، لأن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد، إذ ليس من السهل أن تحدد العنصر الأساسي في العقد، هل هو العمل أم المواد المستخدمة في صنع الشيء، إذ إن أسعار المواد المستخدمة متفاوتة بحسب جودتها ووصفها [4].

ت) وذهب آخرون إلى أن الاستصناع عقد مقاولة ابتداء وبيع انتهاء: فقبل أن يتم صنع الشيء يكون العقد مقاولة، فإذا أتمه تحول العقد إلى بيع.

---

[1] الكاساني: البدائع .(ص84- 85) ود. شنب ، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص18) وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص25) ، ود. السنهوري : الوسيط .(7/ 26) .

[2] السيوطي : الأشباه والنظائر . (ص 119) .

[3] د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني (ص11) ود. أبو قرين ، أحمد : الأحكام العامة لعقد المقاولة (ص 23) . ود. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص 19) .

[4] د. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة .(ص 19 -20)،و قرة ، فتيحة:أحكام عقد المقاولة (ص 26) .

وينتقد هذا الرأي بأن تكييف العقد يكون وقت انعقاده، ولا يتغير وصفه عنـد تنفيـذه، فضلاً عن أن المقاول يضمن عمله مدة طويلة، مما يدل على أن المقاولة لا تنقضـي بمجرد إتمام الصنع، بخلاف البيع [5].

ث) ويرى بعضهم أن الاستصناع عقد مقاولة [1]: فإذا قدّم الصانع المادة مع العمل، يعد العقد مقاولة، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، فالعنصر الجوهري في العقد هو الالتـزام بالقيام بعمل معين، وإذا لم ينجز المتعهد ما أوكل إليه يكون قد قصّر فـي التزامـه، وانتقال ملكية الشيء المصنوع لصاحب العمل لا يخرج العقد عن نطاق المقاولة، فمـا ذلك إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، وتستمر مسؤولية المقاول عن المادة التي قدّمها لحين من الزمن.

وهذا الرأي الذي وصفه الدكتور محمد لبيب شنب بأنه جدير بالإتباع يتماشى مع رأي أبي سعيد البردعي [2] أحد فقهاء المذهب الحنفي الذي يقول إن الاستصناع يقع على العمل دون المادة [3].

الرأي الراجح :

---

[5] د.شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 17) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 25) .

[1] د. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . (ص 22– 23) ، قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 28) ،والقرة داغي ، د. علي محي الدين : عقد الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الاسلامي . الدورة السابعة – العدد السابع 1992 م . (348/2–350) .

[2] البردعي : هو أحمد بن الحسين ، أبو سعيد ، أحد الفقهاء الكبار ، كان شيخ الحنفية ببغداد ، تفقه على أبي علي الدقاق ، وعلي بن موسى بن نصر تفقه على يديه أبو الحسن الكرخي وأبو طاهر الدباس ، وأقام ببغداد سنين كثيرة يـدرس ثـم خرج إلى الحج فقتل في وقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلاثمئة ، والبردعي نسبة إلى بردعة وهي بلدة مـن أقصى بلاد أذربيجان ،انظر: ترجمته في تاريخ بغداد للخطيب البغدادي. (4/ 99) ، ابن عماد الحنبلـي : شـذرات الذهب . (275/1) ، بن أبي الوفاء : الجواهر المضية في طبقات الحنفية . (163/1–165) .

[3] د . السنهوري : الوسيط. (7/ 24 – 25) ود. شنب: شرح أحكام المقاولـة (ص22) ، والتـارزي ، مصـطفى كمال : الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر . مجلة مجمع الفقه الاسـلامي . الـدورة السـابعة 1992 م . (2/ 591) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار. (7/ 476) .

عقد الاستصناع محله العمل، والعين من الصانع، وهو عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره، ولا يجوز صهره في بوتقة عقد آخر، وعقد المقاولة الحديث في التشريعات المدنية المعاصرة شبيه بعقد الاستصناع،غير أنه أعم منه، فقد يقدم المقاول عمله فقط، وهو ما يسمى في الفقه بالإجارة الواردة على عمل الإنسان، وأصبح عقد المقاولة منفصلاً عن عقد البيع والإجارة والاستصناع، بعد أن كان مختلطاً بهما، وصار عقد المقاولة ملزماً للجانبين، بالإضافة إلى أن الآراء السابقة لا تخلو من الانتقاد [1].والله أعلم بالصواب

ثانياً: يتميز عقد المقاولة عن عقد البيع بأن التشريعات المدنية المعاصرة [2] لا تعدّ عقد المقاولة باطلاً إذا لم يذكر فيه البدل، ويستحق المقاول أجر المثل، بما في ذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني، إذ جاء في المادة (808) " إذا لم يحدد البدل سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول " [3].

أما في عقد البيع فعدم تحديد الثمن يجعله باطلاً [4]، لانتفاء محل التزام البائع، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، إذ لا بد في كل عقود المعاوضة، ولا سيما عقدي

---

(1) د . شنب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص 22 ، 23) ،ود الزحيلي ، وهبة : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي . الدورة الرابعة عشرة . 2003 م .

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 585) .، د. السنهوري ، عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . (4/ 21) .

(3) مشروع القانون المدني الفلسطيني ،(ص 126) .

(4) هذه المسألة خلافية بين الحنفية والجمهور :

أ) الحنفية قسموا العقد غير الصحيح قسمين فاسد ،وباطل ،فإن حدث خلل في الركن فهو باطل ،وإن حدث الخلل في الشرط أو الوصف فيكون العقد قد انعقد بأركانه وترتبت عليه بعض الآثار ، ولكنه فاسد ، فالبيع المسكوت فيه عن الثمن منعقد ،لأن الثمن يعتبر ملحوظاً بمقتضى عقد البيع ،ولكنه مجهول فينعقد العقد فاسداً لجهالته ، لأن الخلل في وصف العقد وليس في أصله ، جاء في رد المحتار " وفسد ما سكت فيه عن الثمن " (247/7) .

ب) عند الجمهور العقد غير الصحيح قسم واحد ، وهو الفاسد أو الباطل ، ولا فرق بين الفساد والبطلان سواء كان الخلل في الركن أو في الوصف والشرط ، والفساد والبطلان مترادفان . فعقد البيع الذي لم يحدد فيه الثمن باطل أو فاسد لا فرق بينهما . انظر : الغزالي : محمد بن محمد : المستصفى ، تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي : ط1 . بيروت : دار

الاستصناع والإجارة اللذين هما من صور عقد المقاولة، من العلم بالبدل جنساً ونوعاً وقدراً وصفةً، و إلا كان العقد فاسداً بسبب الجهالة [5].

المطلب الثاني:

المقاولة والسَّلم

تعريف السّلم لغة [1]: السَّلم: بالتحريك: السَّلف، وأسلَمَ في الشيء و سَلَّمّ وأسلَفَ بمعنى واحد ،ويأتي بمعنى الاستعجال ،والسّلَمُ لغة أهل الحجاز، والّسلَفُ لغة أهل العراق، سُميَ سلماً،لتسليم رأس المال في المجلس وسلفاً لتقديم رأس المال.

وشرعاً: قال الحنفية: " بيع آجل " وهو المسلم فيه " بعاجل" وهو رأس المال[2].

وقال المالكية: " السَّلَمَ بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه [3] " وهو مطابق لتعريف الشربيني من الشافعية [4].

الكتب العلمية 1992م .(222/1، 223) . والأسنوي : عبد الرحيم بن الحسن : التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق محمد حسن هيتو .ط1. بيروت : مؤسسة الرسالة .(1981 م). (59/1) .

[5] ابن جُزي ، محمد بن أحمد : القوانين الفقهية .(ص 163) ، والميداني: اللباب في شرح الكتاب . (2/ 6) ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد (ص 25) .

[1] ابن منظور :لسان العرب . (12 /395) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط (1 / 446) . الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 3)

[2] ابن عابدين : حاشية رد المحتار. (7/ 454) ، الميداني : اللباب في شرح الكتاب . (2/ 42) .

[3] الصاوي : بلغة السالك على الشرح الصغير للدردير . (2/ 93) ، والخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل . ط 1 . بيروت : دار الكتب العلمية 1997 م . (6/ 62) .

[4] الشربيني : مغنى المحتاج .(3/ 3) ، النووي : روضة الطالبين . (3/ 242) .

وعرّفه البهوتي [5] بقوله عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد [6]

وعرفه الجرجاني بقوله: السّلم: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثمن آجلاً، فالمبيع يُسمى مسلماً فيه، والثمن يُسمى رأس المال،

والبائع يُسمى مسلماً إليه والمشترى يُسمى ربّ السّلم [7]، و التعريفات التي أوردتها

كلها بمعنى واحد، ولا خلاف بينها إلا من حيث اللفظ، وهو غير مؤثر.

مشروعيته:

اتفق الفقهاء [1] على مشروعية السّلم، واستدلوا على ذلك بما رواه ابن عباس- رضي الله عنهما - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم، أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاثة فقال: (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) [2]

---

[5] هو منصوربن يونس بن ادريس البهوتي ، شيخ الحنابلة بمصر في عصره ، نسبته الى " بهوت " في غربية مصر ، ولد سنة 1000هـ ، أخذ الفقه عن عبد الرحمن البهوتي ، ومحمد الشامي ، ومن تلاميذه مرعي بن يوسف ، ومن كتبه " الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع " و " كشاف القناع عن متن الإقناع " ، وتوفي سنة 1051 هـ . انظر: السبيعي ، عبد الله بن علي : الدر المنضد في أسماء كتب مذهب الإمام أحمد .تحقيق محب الدين عمر بن غرامه العمروي . بيروت : دار الفكر . 1995 م . (ص 294) . والزركلي ، خير الدين : الأعلام . ط13 . بيروت : دار العلم للملايين . 1998 . (307/7).

[6] البهوتي : كشاف القناع .(3/ 289) .

(7) علي الجرجاني : التعريفات .(ص 160) .

(1) البهوتي : كشاف القناع . (3/ 289) والنووي ، يحيى بن شرف : روضة الطالبين . تحقيق عادل أحمد وعلي معوض . بيروت : دار الكتب العلمية . 1999م (3/ 242) والشربيني : مغني المحتاج (3/3) ، وابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار . (7/ 454) ، وابن قدامه : المغني . (5/ 72) ، وابن رشد ، محمد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ط6 . بيروت : دار المعرفة . 1989 م . (2/ 201) .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه : كتاب السلم ، برقم (224) ، انظر العسقلاني ، أحمد بن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري . ط1 " بيروت : دار الكتب العلمية 1989 م . (4/ 530) .

ومع أن عقد السلم مخالف للقياس، لأنه بيع المعدوم، استثني من تلــك القاعــدة وثبتــت مشروعيته بأدلة صحيحة، قال ابن المنذر:" أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز " [3]، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية، فأرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقــة، فجــوز لهــم الســلم ترخيصاً للنّاس، وتيسيراً عليهم.

شرائط عقد السّلم:

بحث الفقهاء شرائط عقد السلم بالتفصيل في مصنفاتهم، واختلفوا في بعضها وليس هنا مقام بحثها، لذا سأكتفي بذكرها بإيجاز، فمنها شروط تتعلق بالعقد نفســه، ومنهــا شــروط تتعلق بأحد بدلي السلم.

وتعود الشروط التي تتعلق بالعقد نفسه إلى شرط واحد هو البتات، وذلك بخلو العقــد عن خيار الشرط ؛ لأن جواز البيع بشرط الخيار ثبت على خلاف القياس؛ لحاجة النــاس إليه، فلا يقاس عليه غيره، وخيار الشرط يمنع القبض الكامل، لأنه يمنع ثبوت الملك، وهذا من شروط صحة السلم.

وخالف المالكية [1] الجمهور [2]وقالوا بجواز خيار الشرط في السلم مدة لا تزيــد علــى ثلاثة أيام.

---

[3] البهوتي : كشاف القناع . (3/ 289) .

[1] ابن رشد : بداية المجتهد . (2/ 202) ، والصاوي : بلغة السالك على شرح الصغير .(2/ 94) .

والقانون الأردني أخذ برأي المالكية فأجاز تأخير تسليم الثمن في مجلس العقد لمــدة لا تزيد على بضعة أيام [3].

الشروط المتعلقة برأس مال السّلم: - [4]

وهو ما يدفعه المشتري من المال إلى البائع عند السلم، وشروطه هي:

1- بيان جنسه، بأنه دراهم أو دنانير أو غيرهما.

2- بيان صفته، بأنه جيد أو رديء أو وسط.

3- بيان نوعه، بأنه دراهم أردنية أو دنانير عراقية.

4- بيان قدره، إذا كان مما يباع بالقدر.

5- قبض الثمن في مجلس العقد.

الشروط المتعلقة بالمسلّم فيه: [1]

---

(2) الميداني : اللباب. (2/ 44) ، والشربيني : مغني المحتاج . (3/ 4) ، والبهوتي : كشاف القناع . (3/ 304)

(3) د. الزحيلي ، وهبه : العقود المسّماة في القانون والمعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني . (ص 102) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (2/ 517) .

(4) الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 4-10) ، وابن قدامة : المغني . (5/ 753) ، والكاساني : بـدائع الصـنائع . (7/ 108 – 124) ، والبهوتي : كشاف القناع ، (3/ 304) ،والخرشي : حاشية الخرشي. (6/ 62 / 82) ، وابـن عابدين : رد المحتار. (7/ 455- 466) ، ود. الزحيلي ، وهبـة : الفقـه الاسـلامي وأدلتـه . ط1 " دمشـق : دار الفكر.1984.(4/ 600-602)، د. ادريس ، عبد الفتاح محمود : قبس من فقه المعاملات . ط1 . 1997 م . (71/-72)، ود. حماد ، نزيه:عقد السلم في الشريعة الإسلامية. ط1. دمشق : دار القلم . 1993 .(ص 34 -44) .

(1) الكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 125- 151) ، والشربيني : مغني المحتاج . (10/ 25) ، والبهـوتي : كشـاف القناع . (3/ 289 -304 -305) ، وابن قدامة : المغنى . (5/ 720، 730 ، 738 ، 743 ، 750 ، 753) ، وابـن عابدين : حاشية رد المحتار. (7/455-466) ، والخرشي : حاشية الخرشي.(6/ 83 -108) ، ود. ادريـس ، عبـد

والمسلم فيه هو المال الذي يتعهد البائع بتأديته إلى رب السلم بعد أجل معين ودافعه يسمى المسلم إليه وشروطه متعددة، وهي:

أ) بيان جنسه، فينص على أنه حنطة.

ب) بيان نوعه، من أنه حنطة بعلية أو سقية.

ت) بيان صفته، بأنه جيد أو رديء.

ث) بيان قدره، ببيان كيله أو وزنه.

هذا كله لإزالة الجهالة عنه ولحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المتقدم: " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم "[2].

ج) أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى معه بعد الوصف إلا تفاوت يسير.

ح) أن يكون بالإمكان وجود المسلم فيه وقت حلول الأجل، والحنفية اشترطوا وجوده أيضاً في الأسواق حين العقد.

خ) أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين في المعاوضات فيخرج من ذلك الدراهم والدنانير، لأنها لا تقبل التعيين في عقود المعاوضات وهذا هو مذهب الحنفية[3] والحنابلة [4].

الفتاح : قبس من فقه المعاملات .(ص 72-75) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته .(4/ 603-613)، ود. حماد ، نزيه : عقد السلم في الشريعة الإسلامية .(45 – 63) .

[2] انظر (ص 29) هامش (2) .

[3] الكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 108) .

(4)البهوتي : كشاف القناع . (3/ 304) .

د) أن يكون المسلم فيه مؤجلاً عند الجمهور.

ذ) أن يكون الأجل معلوماً.

ر) أن يبين عند العقد مكان تسليم المسلم فيه.

أما الذي يرجع إلى البدلين: فقد قال الكاساني[1] في بدائعه: فهو ألاّ يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل، وذلك إما بالكيل وإما الوزن وإما الجنس، فإذا اجتمعا تحقق ربا النساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد " [2].

أوصاف عقد السلم [3]:

بعد تتبع أحكام عقد السلم في مصادر الفقه الإسلامي،يمكن أن يوصف بالصفات الآتية:

1- أنه عقد معاوضة، فالعقد يلزم ربّ السّلم بدفع الثمن للمسلم إليه، والمسلم إليه يلتزم بتسليم المسلم فيه في الوقت المحدد، ويبغي كل منهم الكسب والمصلحة.

2- أنه بيع المفاليس: فيشترط دفع الثمن في مجلس العقد للمسلم إليه لحاجته إلى المال.

3- أن الزمن عنصر جوهري فيه ،لذا يشترط أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، قال الشربيني: " فإن اسم السلم يقتضي الدَينية، والدَينية مع التعيين يتناقضان " [4]

---

[1] الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ،كان يلقب بملك العلماء علاء الدين ، تفقه على محمد بن أحمد السمرقندي ، وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل " التحفة " وزوجه شيخه المذكور ابنته فاطمة الفقيهة ، ومن مصنفاته " البدائع " و " السلطان المبين في أصول الدين " ، توفي سنة 587هـ . ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية . (4/ 25) ، وحاجي خليفة : كشف الظنون (1/ 371) .

[2] والكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 51) . ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار. (7/ 461) .

[3] السنهوري : الوسيط (4/ 223-225) ، ود. سلطان ، أنور : مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي . ط1. عمان : منشورات الجامعة الأردنية سنة 1987 م . (ص 18) .، ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمدني الأردني . (ص 99- 101) ، ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد . (ص 49- 50) .

4- أنه عقد محدد، فالمخاطر فيه يسيره، والغرر اليسير مغتفر في المعاوضات، فالمسلم فيه وإن كان غير موجود عند التعاقد، إلا أنه يوصف بدقة ويبين نوعه وجنسه ومقداره وكل ما يتعلق به، ويشترط تسليم الثمن في مجلس العقد.

5- أنه عقد ملزم للجانبين: فرب السلم يلتزم بتسليم الثمن للمسلم إليه في مجلس العقد ويثبت الملك له، والمسلم إليه يلتزم بتسليم المسلم فيه عند الأجل.

وقد أدرجت القوانين المدنية المعاصرة أحكام عقد السلم وتعريفه وشروطه ضمن أنواع البيوع المختلفة، ولم يعرف عقد السلم من حيث التطبيق في عصرنا، لكن عرف عقد التوريد الذي بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بتقديم أشياء معينة بصيغة دورية أو مستمرة لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر [1]، وذلك كمن يتعهد بتوريد الأغذية لمستشفى أو مدرسة، أو كمن يتعهد بتوريد الورق لإحدى الصحف وتوريد الغاز والكهرباء والمياه للمستهلكين، فهو يشمل بأحكامه وتطبيقاته عقد السّلم، والاستصناع، فالمورد عندما يتعهد بتقديم السلعة أو الخدمات للطرف الآخر، فهو يقوم بعمل، وهذا عنصر جوهري في العقد، يؤدي ذلك مستقلاً ودون إدارة الطرف الآخر وإشرافه، فهو يشترك في بعض أوصافه مع أوصاف عقد المقاولة السالفة الذكر.

فعقد التوريد يعد صورة من صور عقد المقاولة، وأحكام عقد المقاولة التي ذكرت في القوانين المدنية المعاصرة تشمل عقد التوريد وصوره وتطبيقاته.

---

[4] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 7) .

[1] قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 380) ، ود. طه ، مصطفى كمال : القانون التجاري 1988م . الدار الجامعية . (ص 91) ، ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي . (ص5) .

المطلب الثالث:

علاقة عقد المقاولة بعقدي الإيجار والعمل:

الإجارة في اللغة: بكسر الهمزة مصدر، أَجَرَهَ يَأجرُه أَجراً وإجارة، فهو مأجور وهذا المشهور، تأتي بالفتح والضم، واشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض ،والجـزاء علـى العمل، ويغلب الأجر في الثواب الأخروي والأجرة في الثواب الدنيوي، والإيجار تسـتعمل غالباً في العقد [1].

الإجارة في الاصطلاح:

عرفها الحنفية بأنها " عقد على المنافع بعوض ,وتحليل نفع بعوض [2].

وعرفها الشافعية بأنها "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبـذل والإباحـة بعـوض معلوم "[3]

---

[1] ابن منظور :لسان العرب . (10،11/4) ، والفيروز أبادي : القاموس المحيط . (1/ 683 ، 684) .

[2] ابن عابدين : حاشية رد المحتار. (9/ 4-5) ، والسرخسي ، محمد بن أحمد : المبسوط . تحقيـق محمـد حسـن الشافعي . ط 1 . بيروت : دار الكتب العلمية 2001 م . (15/ 82) .

وعرفها المالكية بأنها: " تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض " [4].

وعرفها الحنابلة بأنّها: " عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً " [5]

وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (405) بأنها " بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم" [6]

وعرفها القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة الإسلامية في المادة (658) بقوله: الإيجار تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم " [7]

والمشروع المدني الفلسطيني في تعريفه لعقد الإيجار جاء مطابقاً للتقنينات العربية التي اعتمدت على القوانين الأجنبية فعرفه بالمادة (655) " الإيجار عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجرة معلومة " [1].

ويؤخذ على نص التقنين الفلسطيني وعلى ما طابقه من التعريفات أنه يعرف الإيجار بالتزام يقع على عاتق المؤجر، مع أن الالتزام أثر للعقد، ويجب أن ينصب التعريف على محل العقد ،وهو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة [2]،لذا أقترح أن يعتمد تعريف القانون المدني الأردني المستمد في أغلب مواده من الشريعة الإسلامية لخلوه من الانتقاد.

---

[3] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 438) .

[4] الدسوقي : حاشية الدسوقي. (5/ 334) .

[5] البهوتي ،: كشاف القناع. (3/ 546) .

[6] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام . (1/ 372) .

[7] نقابة المحامين : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني .(551/2)

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني . (ص101) .

[2] . وفا ، محمد على عبد الرحمن : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية العربية . ط . 1996 م . القاهرة : دار الفكر العربي . (ص 40– 41) و د. الزحيلي ، محمد : العقود المسّماة . (ص 503) .

خصائص عقد الإيجار في الفقه والقانون [3]:

1- هو عقد رضائي، يتم بمجرد التراضي بالإيجاب والقبول، ولا يتوقف انعقاده على شكل معين.

2- هو عقد ملزم للجانبين: ينشيء التزامات متقابلة على كل من المؤجر والمستأجر.

3- هو عقد معاوضة: لأن كل طرف يتنازل عما يخصه، بمقابل ما يحصل عليه من الطرف الثاني.

4- هوعقد وارد على المنفعة، فلا يرد إلا على الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها، وتهلك بمجرد الاستعمال.

5- هو عقد زمني من العقود الزمنية المستمرة، التي يعدّ الوقت فيها عنصراً جوهرياً، والانتفاع يحدد خلال مدة من الزمن كما تحدد الأجرة على هذا الأساس، وإذا تم فسخ الإيجار بسبب ما فإن هذا الفسخ لا ينسحب على الماضي، خلافاً للبيع وبقية العقود الواردة على الملكية، فلا علاقة للزمن والوقت فيها ؛ لأن الملكية لا تقبل التوقيت.

6- هو عقد محدد: فليس من عقود الغرر أو الاحتمالية التي تقوم على أمر مجهول أو غير محقق الوقوع كما الحال في عقد الجعالة [1].

---

[3] انظر د. الزحيلي ، محمد : العقود المسماة. (ص 506-507) ، ود. الفضل ، منذر ود. لفتاوي ، صاحب : شرح القانون المدني الأردني .(ص 165-168) ، والبهوتي : كشاف القناع. (3/ 546 وما بعدها) ، والخرشي : حاشية الخرشي.(6/ 215) ، والشربيني ، مغني المحتاج . (3/ 438 وما بعدها) والكاساني ، بدائع الصنائع . (4/ 173 - 175) .

[1] الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله " الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 647) .

ويتبين من تعريفات عقد الإجارة في الفقه الاسلامي أنها ترد علـى منفعـة عـين مـن الأعيان، كإيجار الدور والأراضي ووسائل النقل، والدواب وغيرها، وترد على منافع عمل الإنسان،وهو ما يطلق عليه إجارة الأشخاص: كبناء بيت، وخياطة ثوب وأرباب الحرف.

والأجراء على ضربين بحسب العمل الذي يقوم به كل منهما: [2]

أ) **أجير خاص:** وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة، ويستحق عليها الأجر ولو لم يقبل بعمل وتحت إشراف مستأجره وإدارته، ولا يجوز له العمل لغيره قبل انتهائه من عمله الأول، وتقدر المنفعة بالمدة ؛ لأن تحصيلها لا ينضبط بغير ذلك، كالعامل فـي المصانع، أو استئجار امرأة لإرضاع طفل مدة سنتين، فإن ما يشربه الرضـيع مـن اللبن يقل ويكثر، وأطلق علماء القانون المدني على المنفعة بأنها ترد على العمل في ذاته.

ب) **أجير مشترك:** هو الذي يتعاقد مع المستأجر على عمل معين يقـوم بـه، ويسـتحق الأجر بانتهائه، ويمكن أن يتعاقد مع كثيرين على مثل هذا العمل أو غيره فـي زمـن واحد، ويعمل بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل أو المستأجر في منزله أو دكانـه أو معمله، كالخياط والصباغ والحداد، ويسمون لدى الفقهاء أحياناً بالصناع، ولا يمكـن ضبط العمل بالزمن ؛ كونه يستغرق مدة تقصر أو تطول، فلذا تقـدر منفعـة العمـل بالعمل وحده، وهو ما يطلق عليه في القانون " ترد عليه نتيجة العمل " [1]

---

[2] انظر الميداني: اللباب. (5/ 327) ، والكاساني : بدائع الصنائع . (174/4) ، والبهوتي : كشاف القنـاع . (3/ 546) ، وابن قدامة : المغني .(5/ 327) ، ابن جزيّ : القوانين الفقهيـة . (ص 181 – 182) ، ود. الزحيلـي ، وهبة : العقود المسّماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص 223– 224) ، و أستاذنا د. البُغا ، مصطفى : فقه المعاوضات . ط5 . منشورات جامعة دمشق . 1992 . (ص 157) ، و د. وفا ، محمد علـي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه والقانون .(ص 37 ، 38) ، ود. أبو قاهوق ، عبد المنعم : عقد المقاولة .

[1] السنهوري ، : الوسيط في شرح القانون المدني .(ص77) .

وقد بحث الفقهاء المسلمون كل ذلك في باب إجارة الأشخاص أو إجارة الآدمي، ولم يجعلوا لكل نوع من الأجراء عقداً خاصاً، نظراً لبساطة حياتهم ومعاملاتهم المالية.

أما اليوم فقد تطورت حياة الناس المدنية، وتعددت احتياجاتهم، وظهرت مستجدات لم تكن من قبل، كالمعاملات التجارية، ومنها طبيعة الإجارة الواردة على عمل الأشخاص،فلم يعد العقد بين فرد وآخر، وإنما أصبح بين مؤسسات وشركات كبيرة تقدم منفعتها لمؤسسات وحكومات، كمقاولات بناء السدود والأبنية السكنية ،والأعمال الكهربائية، والأشغال العامة، وعقود الصيانة والتوريد.

ونتيجة لذلك قامت القوانين المدنية المعاصرة ،التي استمدت معظم أحكامها من الفقه الإسلامي ومنها الأردني والإماراتي والسوداني و التي استمدت قوانينها من القانون الفرنسي- كالمصري والسوري - بقصر عقد الإيجار على إجارة منافع الأعيان، وأخرجت الإجارة الواردة على منافع الأعمال من عقد الإيجار، ونظمت لها عقوداً مُسّماة جديدة، كعقدي العمل والمقاولة.[2]

وهناك بعض العقود يصعب التفرقة بينها أورد علماء القانون بعضاً منها، كمن يتفق مع شركة نقل على أن تضع تحت تصرفه إحدى سياراتها مع سائقها ليستخدمها مدة معينة، فهل يعدّ هذا الاتفاق عقد إيجار على السيارة ؟ أم عقد مقاولة محله القيام بنقل المتعاقد إلى الجهات التي يرغب في الذهاب إليها ؟

---

[2] السنهوري : الوسيط . (7/ 7-10) ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 582) ود .أبو قاهوق : عبد المنعم : عقد المقاولة ، و د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدني الإماراتي والأردني . (ص273) ، والزحيلي ، محمد : العقود المسمّاة في القانون المدني السوري .(ص38).

فإذا كانت الشركة هي التي توجه السائق وتملك السيطرة على السيارة فيكيف العقد على أنّه مقاولة، أمّا إذا كان الراكب له سلطة الرقابة والتوجيه فالعقد عقد إيجار للسيارة.

يتضح مما تقدم أن العقد يكيف بحسب العنصر الأساسي الذي وقع عليه المتعاقد، فإذا انصبّ على العمل كان مقاولة، وإذا انصبّ على الانتفاع بالمأجور كان إيجاراً [1].

الفرق بين المقاولة والعمل [2]:

على الرغم من أن عقدي المقاولة والعمل يردان على العمل، إلا أنهما يختلفان في القواعد التي يخضع لها كل منهما، فيكون العقد عقد عمل، عندما تقدر المنفعة بالمدة،

وتكون منفعة العمل في ذات العمل،إضافة إلى أن العامل يكون تابعاًلصاحب العمل ،ويعمل تحت إشرافه وإدارته، ويتلقى تعليماته منه، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما.

---

(1) انظر د. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . (ص 23–24) ،ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . (ص 373) ، ود. السنهوري : الوسيط . (7/8،7) و د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني . (ص 13 ، 14) و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة .(ص 37 –40) ، و د. عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة . (ص 19 –22) ، و د. الزحيلي ، محمد : العقود المسماة في القانون المدني السوري .(ص509–510) .

(2) انظر : د. السنهوري : الوسيط .(7/ 8، 9، 10) ، و د. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . (17– 19) ، و د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . (370– 371) ، و د. أبو قرين : الأحكام العامة لعقد المقاولة . (17 –19) ، و د. الشهاوي : عقد المقاولة . (25 – 26) ، ود. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني . (ص13) و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص30 – 36) ود. عنبر : الوجيز في عقد المقاولة . (22– 26) ، و د .البغا ، مصطفى : فقه المعاوضات . (ص 164) ، و د. وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي . (ص 67– 79) ، و د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد . (ص 30 – 32) .

وذكرت القوانين المدنية المعاصرة تعريفاً لعقد العمل، ونصّه في القانون المدني الأردني من المادة (1/805) " عقد العمل عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصـــلحة الآخــر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر" (1)

والعامل بالمعنى المقصود في عقد العمل، هــو معنـــى الأجيــر الخـــاص فـــي الفقـــه الإسلامي،وقد أبرز القانون المدني العراقي هذه التسمية في تعريفه عقد العمل، فقد عرفت المادة (1/900)عقد العمل على أنه: " عقد يتعهد به أحد طرفيه بـــأن يخصـــص عملـــه لخدمة الآخر ويكون في أدائه تحت توجيهه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطــرف الآخــر ويكون العامل أجيراً خاصاً".(2)

ويكون العقد مقاولة عندما يرد على العمل باعتبار نتيجته، فهذه المنافع لا تقدر بالمـــدة، لأنها قد تطول وقد تقصر، فلا يمكن ضبطها به، ولكنه يقدر بالعمل وحده فهـــو منضـــبط ومحدود، كبناء بيت، أو طهي طعام، بالإضافة إلى أن المقاول يعمل باســـتقلال تـــام عـــن صاحب العمل، ولا يخضع لإشرافه وإدارته، فهو ليس مسؤولاً عنه.

وتشير الفقرة الثانية من المادة (805) من القانون المدني الأردني إلى ذلـــك، إذ جـــاء فيها " أما إذا كان العامل غير مقيد بأن لا يعمل لغير صاحب العمل أو لم يؤقت لعمله وقت فلا ينطبق عليه عقد العمل ولا يستحق به أجراً إلا بالعمل حسب الاتفاق(3) ".

ويلاحظ مما تقدم أن العامل عندما يقدم عمله فحسب، وباستقلال تام عن صاحب العمـــل هو معنى الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، والذي يخرج في التشريعات المدنية من عقد العمل ليدخل في دائرة عقد المقاولة، ويبرز ذلك في المادة (865) من القانون العراقـــي

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 588) ، و هو مشـــابه لتعريـــف مشـــروع قـــانون المـــدني الفلسطيني في المادة (826) . (ص 120) .

(2) د .وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي .(ص73) .

(3) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 588)

عندما قررت أنه " يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله ويكون المقاول أجيراً مشتركاً " [1].

وهناك فروق أخرى بين عقد المقاولة وعقد العمل تساعد على التمييز بين العقدين أشار إليها بعض علماء القانون المدني [2] ومنها:

1- العامل في عقد العمل لا بد أن يكون شخصاً طبيعياً، إذ إنّ تنفيذه للعمل أساسي في عقد العمل، فلا يجوز أن يحل محله شخصاً آخر دون موافقة صاحب العمل، بخلاف عقد المقاولة، فقد يكون المقاول شخصاً طبيعياً أو معنوياً كمؤسسة أو شركة، وله أن يعهد بالعمل لشخص آخر محله، إلا إذا كان شخص المقاول عنصراً مهماً في عقد المقاولة.

2- يستحق العامل أجره في عقد العمل، إذا تواجد في مكان العمل، وأبدى استعداده لتنفيذه حتى ولو لم يزوده صاحب العمل بالعمل، بينما لا يستحق المقاول عوضا إلا إذا قام بتنفيذ العمل فعلياً .

3- العامل في عقد العمل لا يضمن ما يعمل به بين يديه، إلا إذا تعمد الإتلاف أو التساهل وقصّر في أسباب الحفظ وأصول العمل، فيده على ما بين يديه يد أمان، ومثله الأجير الخاص في الفقه الإسلامي أما المقاول فإنّه يضمن ما هلك تحت يده، لأنّ يده يد ضمان، كما هو حال الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، وهذا استناداً

---

[1] د. وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الاسلامي . (ص 70)

[2] قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص 30 – 33) ، ود . هاشم ، هشام رفعت : شرح قانون العمل الأردني ، ط2 . عمان مكتب المحتسب 1990 . (ص54 – 55) ، و د. السنهوري :الوسيط . (7/ ، 8 ، 9) .

لرأي أبي يوسف [1] ومحمد بن الحسن [2]– من أصحاب أبي حنيفة – وحجتهم في ذلك الحفاظ على مصالح النّاس. [3]

---

[1] هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي البغدادي ، ولد سنة113هـ صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه ، وأول من نشر مذهبه ، كان فقيهاً عالماً ، من حفاظ الحديث ، وهو أول دعي " قاضي القضاة " ومن كتبه " الخراج " و " الآثار" و " النوادر " . انظر: ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية . (611/3–613) . والبغدادي : تاريخ بغداد . (242/14) .

[2] هو محمد بن حسن بن فرقد" أبو عبد الله " الشيباني ، وأصله من قرية حرستا في غوطة دمشق ، امام الفقه والأصول ، ولد بواسط 131 هـ ونشأ في الكوفة ، وهو تلميذ أبي حنيفة وناشر علمه عالماً بكتاب الله تعالى ، وقال الشافعي : " لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت لفصاحته " له كتب كثيره منها " الجامع الكبير " و " الجامع الصغير " ، وتوفي بالري سنة 189هـ ، انظر : ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية . (3/ 122–126) . وابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . (1/ 321–325) .

[3] القدوري ، أحمد بن محمد : اللباب في شرح الكتاب . (2/ 93) ، والكاساني ": بدائع الصنائع . (6 / 88) ، ود. الزحيلي ، وهبه : عقد المقاولة . مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر 2003 م ، و د. البغا ،مصطفى : فقه المعاوضات . (ص 163 – 164) .

المطلب الرابع:

المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة

الوكالة لغة[1]: بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال وكله أي فوض إليـــه، والتوكـــل: إظهار العجز والاعتماد على غيرك، وتقع الوكالة أيضاً على الحفظ ومنه " الوكيـــل "فـــي أسمائه تعالى بمعنى الحافظ قال تعالى: " وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ " [2]

وأما الوكالة شرعاً: فقد قال الكاساني من الحنفية: [3] " وفي الشريعة يستعمل فـــي هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي، وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل أو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " [4].

وقال الشافعية: " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فـــي حياته " [5].

---

[1] مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط . (2/ 1055) ، الفيروز أبادي : القـــاموس المحـــيط . (4/ 88) وابـــن منظور : لسان العرب . (11/ 734-735)

[2] سورة آل عمران الآية : (173)

[3] الكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 426)

[4] ابن عابدين : حاشية رد المحتار. (8/ 241) .

وقال المالكية: " نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته " [6].

وقال الحنابلة: " استنابه جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة " [7].

وقد اقتبس القانون المدني الأردني تعريف الوكالة من ابن عابدين الحنفي حيث عرفها في المادة (833): " الوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم [1].

تبين من التعريفات السابقة أن مقتضى عقد الوكالة، تفويض شخص آخر بعمل ما تقوم بدلاً عنه، وتتفق مع المقاولة في أن كلاً منهما يرد على العمل يؤديه المقاول أو الوكيل لمصلحة الغير، **ولكنهما يختلفان في أمور عدة، منها** [2]:

1- طبيعة العمل في الوكالة تصرف قانوني، قد تكون تصرفات مالية من بيع وشراء وكذلك التصرفات الشخصية كالنكاح والطلاق والخلع والرجعة،و تصلح الوكالة في الخصومة، وكل ما يقبل النيابة شرعاً.

---

[5] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 231)

[6] الخرشي : حاشية الخرشي. (6/ 392)

[7] البعلي ، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد : كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح " أخصر المختصرات " في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني ، من منشورات السعيدية بالرياض . (2/ 3) ، وابن النجار ، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي : منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات : تحقيق عبد الغني عبد الخالق . عالم الكتب . (ص 443) .

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 595)

[2] انظر: قرة ،فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص 41) ، و عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة .(ص 26 – 29) ، ود. الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني . (ص 294) ، و د. أبو البصل : علي عبد الأحمد : عقد المقاولة . (ص 34) . د. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني .(ص 14 –16) ،ود. أبو قرين ، أحمد : الأحكام العامة لعقد المقاولة . (ص 16– 17) . ، ود الشهاوي ، قدري: عقد المقاولة . (ص 29– 32) ، ود. السنهوري : الوسيط . (7/ 14– 16) و د. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية . (ص 372) ، و د . شنب: شرح أحكام عقد المقاولة . (ص 32 –33) .

أما محل المقاولة فهو عمل مادي، حتى وان توسعت صور المقاولة وشملت أعمالاً معنوية كالاستشارات الهندسية والقانونية الا أنها لا تخرج عن المقاولة.

2- المقاول عند ما يؤدي العمل المادي لمصلحة رب العمل لا ينوب عنه وانما يعمل مستقلاً وبإدارته وإشرافه، أما الوكيل فهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله ويكون نائباً عنه، وتضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل فكأنه عقدها مباشرة.

3- عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين،أما عقد الوكالة فهو غير ملزم، فللموكل أن يقوم بعزل الوكيل في أي وقت كما أن للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى أعلم موكله بذلك في وقت ملائم، وهذا إذا لم يكن عقد الوكالة استئجاراً، فإذا عقد بلفظ الإجارة بأن بين الزمن والعمل كالبيّاع أصبحت الوكالة لازمة عند المالكية [1] والشافعية[2] خلافاً للحنفية [3]والحنابلة [4] وإن كانت على سبيل الجعالة بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل فهي غير لازمة بالاتفاق، [5] إلا أن المالكية [6] قالوا: تلزم الجاعل بعد الشروع في العمل.

4- المقاولة من عقود المعاوضات، وهذا يعني أنّ المقاول معرض للمكسب والخسارة، والوكالة في الغالب من عقود التبرعات، لأن الأصل فيها أن تكون بغير أجر.

---

[1] الخرشي : حاشية الخرشي. (6/ 426) .

[2] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 257)

[3] الكاساني : بدائع الصنائع .(7/ 460) .

[4] ابن النجار : منتهى الإرادات . (ص 446) .

[5] الخرشي : حاشية الخرشي .(6/ 426) ، الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 257) ، الكاساني : بدائع الصنائع . (460/7) ، ود . الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (5/ 124) ، ود . الخن ، مصطفى : فقه المعاملات ، منشورات جامعة دمشق ، 1994 م . (ص 211) .

[6] الخرشي : حاشية الخرشي. (6/ 426) .

فإذا أصيب المقاول بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل بذلك، ويتحمل المقاول وحده هذا الضرر،أما إذا أصيب الوكيل بضرر بسبب تنفيذ الوكالــة فقــد قضــت المــادة (859)[7] في الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني بما يلي: " ويكون مســؤولاً عمّــا يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ما لم يكن ناشئاًعن تقصــيره أو خطئه " ومطابقة للمادة (879) من مشروع القانون المدني الفلسطيني [8].

5- ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول أو رب العمل إلا إذا كانت شخصية المقاول محــل اعتبار كالطبيب أو الفنان وغيره. وتنتهي الوكالة بموت الموكل أو بمــوت الوكيــل بالاتفاق [9].

تكييف العقود التي تبرم مع أصحاب المهن الحرة:

قد تلتبس المقاولة بالوكالة، لا سيما في العقود التي تبرم مع أصــحاب المهــن الحــرة، كالطبيب والمحامي والمعلم والمحاسب والمهندس، وقد كانت القوانين القديمــة تعــدّ هــذه العقود ضمن عقد الوكالة حتى تميزهم عن العمال المأجورين، نظراً لطبيعة أعمالهم العقلية والفكرية، غير أن الاجتهاد التشريعي المعاصر عدّ هذه العقــود وغالبيتهــا ضــمن عقــد المقاولة، فالأعمال التي يقوم بها أصحاب المهن الحرة هي أعمال ماديــة فــي مجموعهــا وغالبيتها، لا تصرفات قانونية، فالطبيب يقدم العلاج للمــريض، والمحــامي يــدافع أمــام القضاء عن الخصم، والمهندس المعماري يضع التصــميمات والرســوم والمقايســات،وان تميزت بشيء فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها متغلبة.

---

[7] المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 601)

[8] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 254) ، الكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 459) .

[9] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 458) الكاساني : بدائع الصنائع . (7/ 462) البهوتي : كشاف القناع . (3/ 468) ، الخرشي : حاشية الخرشي. (6/ 422)

ولكن يحدث أحياناً أن يكلف أصحاب المهن بأعمال قانونية بالإضافة إلــى الأعمــال المادية، فالمهندس عندما يكلف بتسوية الحساب وإدخال تعديلات على العقد الأصلي المبرم من صاحب العمل ومقاول البناء، فهذه تصرفات قانونية، وعندئذ فليس هناك ما يمنع مــن اعتباره مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونيــة، وإذا اختلطــت الأعمال التي يقوم بها الشخص بحيث يتعذر التمييز في شأنها بين نطاق كــل مــن هــذين العقدين، فهنا تكيف العملية تكييفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة، فيعدّ العقد مقاولــة إذا كــان النشاط المادي هو الغالب ويُعدّ وكالة إذا كان الغالب هو العمل القانوني، [1] وكل ذلك إذا لم يكن أصحاب هذه المهن يعملون في مؤسسات ودوائر وبتوجيه وإشراف من المســؤولين فيها فعندئذ يكون العقد عقد عمل.

وقد عدّ الفقه الإسلامي هذه العقود من عقود الإجارة الواردة على عمل الإنســان [1]، وأدخلت القوانين المدنية المعاصرة أحكام الإجارة الواردة على العمل ضمن أحكــام عقــد المقاولة إذا كان المقاول يعمل مستقلاً، وضمن عقد العمل إذا كان العامل أو المهني يعمــل تحت إشراف الإدارة وتوجيهها، يقول ابن جزيّ [2]:" ويتــردد بــين الجعــل والإجــارة مشارطة الطبيب على برء المريض والمعلم على تعليم القرآن " [3]

---

[1] انظر د. شنب: شرح أحكام المقاولة . (ص 32 -33) ، و د. السنهوري: الوسيط . (16 وما بعدها) ، و د . الشهاوي :عقد المقاولة . (ص 32 – 33) و د. الفضلي: الوجيز في العقود المدنيــة.(ص372)، و د. السرحان: شرح القانون المدني.(ص 16) ود. أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاولات.(16، 17). و د. عنبر: الوجيز في عقد المقاولة .(ص 29 – 36)،و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة(ص 41 – 56) .

[1] الخرشي : حاشية الخرشي . (6/ 229) و الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 455) .

[2] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ، أبو القاسم : فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطــة ، ولد سنة 693هـ ، وأخذ عن ابن الزبير ولازم ابن رشد ، وانتفع به ابن الكماد والولي الطنجالي وغيرهم ، ومــن كتبــه "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية " و " تقريب الوصول إلى علم الأصول " ، توفي شهيداً في واقعة طريف سنة

المطلب الخامس:

المقاولة والوديعة

741هـ . ابن قاسم مخلوف،محمد بن محمد : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية.ط1. بيروت: دار الكتب العلمية2003م. (306/1) والزركلي : الأعلام (5/ 325) .

(3) ابن جزيّ : القوانين الفقهية . (ص 182) .

تعريف الإيداع والوديعة :

لغة[1]: مشتقة من الَودَع، وهو الترك، ورد في الحديث " لينتهين أقوام عن وَدعِهم الجمعات و ليختمنّ الله على قلوبهم ثم ليكوننّ من الغافلين " [2]أي تركهم الجمعات ، وودعت الشيء ودعاً: تركته، والوديعة: واحدة الودائع فعيلة بمعنى مفعولة، وهو الشيء الموضوع والمتروك عند غير صاحبه للحفظ ،أو قَبل منه الشيء ليحفظه له

والوديعة في اصطلاح الشرع: تطلق على أمرين: على المعنى المصدري وهو الإيداع، ويطلق على العين المودعة.

والمقصود بالبحث عند الفقهاء هو الوديعة بمعنى الإيداع ، لا يبحثون في الوديعة على المعنى الثاني إلا تبعاً.

وعلى هذا فقد عرفت الوديعة عند الفقهاء، بتعاريف متعددة وهذا بعضٌ منها:

عرفها الشافعية بأنها: " توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص " [3].

والمملوك: ما يصح تملكه شرعاً، ويقع عليه اسم الملك، والمحترم المختص، ما لا يقع عليه اسم الملك شرعاً، ولكن يصح وضع اليد عليه والاختصاص به فدخل في ذلك صحة إيداع جلد الميتة الذي يطهر بالدباغ، والخمر المحترمة التي تعصر لتكون خلاً، والكلب المعلم و الزبل وما أشبه ذلك، وخرج ما لا يقع اسم الملك عليه وليس هو بمحترم وذلك

---

(1) ابن منظور : لسان العرب . (8/ 386) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط . (2/ 1021) .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الجمعة ، باب التغليظ في ترك الجمعة ، برقم(1999) ، انظر النووي ، يحيى بن شرف : صحيح مسلم بشرح النووي . ط 2 . الرياض : دار المعرفة 1995 م . (6/ 391) .

(3) الشربيني : مغني المحتاج . (4/ 125)

لنجاسة عينه كالخنزير وما ليس فيه اختصاص كالكلب الذي لا يقتنى وثوب،طيّرته ريـــح. (1)

وعرفها الحنفية: بأنها " تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة (2).

فلو قال شخص أودعتك هذا المال، فقال الآخر قبلت فينعقد الإيداع صراحة عندئذ، وإذا ترك رجل عند صاحب دكان، وقال له هذا وديعة عندك، وسكت الآخر بعد أن رآه، يصير مودعاً دلالة (3).

وعرفها الحنابلة والمالكية قريباً مما عرفها الشافعية بقولهم: " توكيل بحفظ المال " (4)وهي " المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض " و " الإيداع " توكيل في حفظه تبرعاً (5).

وعرفها القانون المدني الأردني في المادة (868) الفقرة الأولى بقوله: " الإيداع عقد يخول به المالك غيره حفظ ماله ويلتزم به الآخر حفظ هذا المال ورده عيناً " (6)

ويقال للطرف الأول: مودع وللثاني: وديع أو مُستَودَع أو مُودَعٌ عنده، وللشيء المودَع: وديعة، والمحل: العمل، فهو عقد وارد على العمل المتمثل بحفظ الوديعة، كما يحفظ ماله.

و الإيداع من عقود التبرعات،كالعارية وغيرها من الأمانات التي لا أجر على حفظهـــا، فليس للمودع عنده أن يطلب أجراً على حفظ الوديعة أو أجرة المحل الذي وضعت فيه، إلا إذا اشترط ذلك في العقد، وجرى العرف به، فالمسلمون عند شروطهم. (7)

---

(1) الشربيني : مغني المحتاج . (125/4) . و د. الخن ، مصطفى : فقه المعاملات .(ص 334) . .

(2) ابن عابدين :حاشية رد المحتار.(8/ 453) .

(3) د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمدني الأردني . (ص 297)

(4) الخرشي : حاشية الخرشي.(6/ 470) .

(5) ابن النجار : منتهى الإرادات. (2/ 536) ، البهوتي : كشاف القناع (4/ 166) .

(6) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 603)

وأخذ بذلك القانون المدني الأردني في المادة (871) والإماراتي في المادة (965) حيث تنص على أنه " ليس للمودع لديه أن يتقاضى أجراً على حفظ الوديعة ما لـم يتفـق على ذلك " [1]

والإيداع عقد غير ملزم مطلقاً في حق كلا الطرفين، فيحق للمودع عنـده أو المـودع فسخ العقد متى شاء، فالمودع يستعين بغيره على الحفظ، فله أن يستغني عن هذه الاستعانة متى شاء ،والوديع متبرع بالحفظ ،فله أن يتخلى عن تطوعه بالحفظ متى شاء، علـى أن لا يكون الإنهاء في وقت غير مناسب [2].

وإذا كان الإيداع بأجر، فليس لأي من العاقدين أن ينهي العقد قبل حلول الأجل المحدد للوديعة، وللمودع أن يطلب رد الوديعة متى شاء ما دام أنّه دفع كامل المترتب عليه. [3]

تفريق الإيداع عن المقاولة :[4]

---

[7] البهوتي : كشاف القناع . (4/ 166- 167) ،ابن جزيّ : القوانين الفقهية . (ص 246) ، والخرشي : حاشية الخرشي . (6/ 491) .

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2/ 603) ، و د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة(ص 299) .

[2] د . الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة . (308) ، حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكـام . (2/ 228) . والبهوتي : كشاف القناع . (4/ 167) الخرشي : حاشية الخرشي . (6/ 492) ، الشربيني : مغني المحتاج . (4/ 129) و الكاساني : بدائع الصنائع . (8/ 365)

[3] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية . (2/ 231) .

[4] د . السنهوري : الوسيط . (7/ 28 -29) والزرقاء ، مصطفى : المـدخل الفقهـي العـام . (1/ 449) ، ود.، الزحيلي ، وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدني الإماراتي والقانون المدني الأردني . (ص 298-299) ، و د. الشهاوى: عقد المقاولة . (44 ، 45) ، ود . السرحان ، عدنان : شرح القانون المـدني الأردنـي . (ص 16)، ود . قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص 65- 66) ، و د. عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة . (ص 44- 46) ، و د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد . (ص 38) .

يتضح مما سبق أ ن الإيداع والمقاولة محلهما القيام بعمل، غير أن العمل في الوديعة تختلف طبيعته عن المقاولة، إذ هو حفظ الشيء لمصلحة المودع ورده إليه عيناً عند طلبه منه.

والأصل في الوديعة أن تكون بدون أجر، إذ هي من عقود التبرعات، والمودع لا يبغي التكسب والربح، وإذا اتفقا على أجر ما، فهو زهيد يقابل ما بذله المودع عنده من جهد في حفظ الوديعة، ويترتب على هذا عدم لزوم عقد الإيداع.

أما عقد المقاولة فهو من عقود المعاوضات، ويبغي المقاول من ورائه الربح والتكسب والأجر وغالباً ما يكون باهظاً نظراً للجهود والمواد التي يقدمها المقاول، ويترتب على ذلك أنه عقد لازم.

ونظراً للتطور الحاصل في النشاط الاقتصادي، ظهر في الحياة العملية عقود بين مؤسسات وشركات محلها حفظ كثير من السلع والبضائع ولا سيما المواد الغذائية والتي تحتاج لتخزينها فترة زمنية طويلة في أمكنة مخصصة ومعدة لهذا العمل، وترتب على ذلك أجور ليست بزهيدة ليستحقها المودع عنده، نظراً لتعهده بحفظ تلك السلع وتسليمها في الوقت المتفق عليه.

وهذه الصورة التعاقدية هي إحدى أنواع عقد المقاولة وعندئذ يكون عقداً لازماً لكلا الطرفين، وتنطبق عليه أحكام عقد المقاولة.

المطلب السادس:

المقاولة والاستصناع

حينما يقدم المقاول، المادة اللازمة لتحضير الشيء المطلوب منه،إضافة إلى العمل فهذه صورة عقد الاستصناع تماماً كما أسلفت [1]، وذكرت اختلافات علماء القانون في تكييفه، وملت إلى أن عقد الاستصناع هو نوع من أنواع المقاولات، ولكن رغبت في أن أزيد الأمر ايضاحاً، وأذكر تعريف عقد الاستصناع وأوصافه، وأفرق بينه وبين عقد المقاولة.

تعريف عقد الاستصناع:

الاستصناع في اللغة [2]: صَنَعَهُ يَصنَعُهُ صُنعاً فهو مصنوع وصُنعٌ: عَمِلَه ومن ذلك قوله تعالى: " صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ " [3]،واصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن

---

(1) انظر :(ص 11، 19) .

(2) ابن منظور : لسان العرب . (8/ 208) ،الفيروز أبادي : القاموس المحيط . (3/ 74) مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط . (2/ 425) .

يصنع له خاتماً، روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب [4]،كما تقول اكتتب أي أمر أن يكتب له، والطاء في اصطنع بدلا ًمن تاء الافتعال لأجل الصاد.

واستصنع الشيء: دعا إلى صُنعه، والصناعة: حرفة الصانع ،وعمَلُه الصّنعَة ُ.

والتصنيع: جعل الأمة صناعية بالوسائل الاقتصادية.

وبهذا تبين أن علماء اللغة يجمعون على أن الاستصناع هو طلب عمل من الصانع فيما هو مختص به.

الاستصناع في الاصطلاح:

أفرد الحنفية لعقد الاستصناع باباً مستقلاً، وبسطوا فيه القول في كتبهم ببيان حقيقته وصفته وشروطه وحكمه، بينما منعت بقية المذاهب الأخرى هذا العقد واعدّته من بيع المعدوم ،وألحقته بالسلم في الصناعات [1].

فعرفه الكاساني بقوله: " عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل "[2].

وقال ابن عابدين [3]: " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص " [4].

---

[3] سورة النمل : الآية : (88) .

[4] أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الإيمان والنذور ، باب من حَلَفَ على شيء وان لم يحلف ، برقم (6651) ، انظر العسقلاني ، ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري . (11/ 658) .

[1] الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 84) ، وابن عابدين :حاشية رد المحتار على الدر المختار . (7/ 474) ، والبهوتي ، كشاف القناع . (3/ 291) ، الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 15) . ، و الخرشي : حاشية الخرشي . (6/ 73)

[2] الكاساني :بدائع الصنائع . (6/ 84) .

[3] محمد أمين عمر بن عبد العزيز عابدين : فقيه الديار الشامية ، وإمام الحنفية في عصره ، ولد بدمشق سنة 1198 هـ ، حفظ القرآن الكريم وهو صغير السن ، ومن شيوخه الشيخ محمد السالمي ، ثم رحل إلى مصر وأخذ عن الشيخ الأمير المصري ، وعنه أخذ الشيخ عبد الغني الميداني ، والشيخ حسن البيطار . ومن مصنفاته " رد المحتار على الدر المختار "

فبقوله إنه (عقد) إخراج لقول من قال إنه مواعدة، أي وعد بالبيع.

وقوله (على مبيع) أخرج الإجارة لأنها عقد على عمل الأجير.

وقوله (في الذمة) يدل على أن المقصود هو بيع خاص، لأن البيع المطلق من شروطه أن يكون المبيع مقبوضاً في المجلس.

وقوله (شرط فيه العمل) ، قيد أخرج به السلم، لأن السلم بيع عاجل بآجل، ويشترط فيه قبض الثمن، أمّا الاستصناع فيجوز تأخير دفع البدل[5]، وقوله على وجه مخصوص أي جامع شرائط الاستصناع ولهذا يتكون العقد من الصانع، والمستصنع ،والمصنوع والعمل.

وأما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسانٌ لصانع: اعمل لي قميصاً من صوف بثمن كذا، أو يقول: اصنع لي آنية من نحاس بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره، ووصفه، فيقول الصانع: نعم [1].

أوصاف عقد الاستصناع: بعدالاطلاع على ما جاء في كتب الحنفية عند بحثهم لموضوع الاستصناع يمكن أن يستخلص له الخصائص الآتية [2]:

و" العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية " ، وتوفي بدمشق سنة 1252 هـ ودفن بمقبرة " الباب الصغير " . الحافظ ، محمد مطيع ، وأباظة، نزار : علماء دمشق وأعيانها في القرن الثالث عشر الهجري .ط1 . دمشق : دار الفكر المعاصر . 1991 م (1/ 406-430) ، والزركلي ، خير الدين : الأعلام (42/6) .

[4] ابن عابدين : حاشية رد المحتار. (474/7) .

[5] د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (4/ 631) ،وابن عابدين : رد المحتار. (474/7 -475) .

(1) الكاساني : بدائع الصنائع .(6/ 84) ، و ابن عابدين : حاشية رد المحتار. (7/ 475) ،و النووي روضة الطالبين . (3/ 266).

[2] انظر : د. الثبيتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجده . العدد السابع . 1992 م . (2- 672-673) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (4/ 633) ، و جعيط ، كمال الدين : عقد

1- أنه عقد وارد على العمل، فهو عنصر جوهري في العقد، والاستصناع يدل على طلب الصنعة.

2- أنّه من عقود المعاوضات، العمل الذي يقوم به الصانع يقابل بدلاً يلتزم به طالب الصنعة.

3- يتفرع عن ذلك أنّه عقد ملزم للجانبين، وهذا رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله خلافاً لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله [3]، ولاسيما عندما يأتي المصنوع مطابقاً للأوصاف المتفق عليها، وهذا ما اختارته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (392)[4] وما رجحه الفقهاء المعاصرون؛ لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار، ولم يعد عقد الاستصناع كما كان في الماضي يقع على أمور قليلة الأهمية كالقلنسوة وآنية النحاس وغيرها، بل في زماننا هذا وفي زمان وضع قوانين مجلة الأحكام العدلية أصبح عقد الاستصناع يجري في أشياء ذات أهمية كبيرة وتمثل مبالغ مالية طائلة، كصناعة البواخر والمدافع، وآلات الطباعة، وتحقق أهدافاً اقتصادية في أعلى مستوى.

فالقول بعدم لزوم العقد يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة، ويلحق الأضرار الكبيرة.

الاستصناع . مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . 1992 . (2/ 521- 536) ، ود. التارزي ، مصطفى كمال : الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر (2/598-599) . مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ،قرار رقم : (7/3/67) بشأن عقد الاستصناع . العدد السابع . 1992 . (2/ 777) واستاذنا د. الكردي ، أحمد الحجي : فقه المعاوضات . ط2 . منشورات جامعة دمشق 1989 م . (ص390) . و د. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد في الفقه والقانون . (ص 39 – 41) .

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار . (7/ 473) ، و الكاساني : بدائع الصنائع .(6/ 87 ، 88) .

[4] حيدر ، علي : درر الحكام . (1/ 361) .

4- عقد الاستصناع مشروع عند الحنفية استحساناً على خلاف القياس، لأنه بيع المعدوم، فالمستصنع يشتري من الصانع مصنوعه قبل أن يعمله، وهو باطل إلا السلم.

والصواب أنه على وفق القياس ؛ لأن المصنوع اتفق على أوصافه فهو مضمون في الذمة، ومقدور على تسليمه غالباً، ولهذا يكون من العقود المحددة، وليس من عقود الغرر، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة.

يستند الحنفية أيضاً في مشروعيتهم على الإجماع العملي، فهذا العقد متعارف عليه ويعمل به من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم دون نكير [1].

5- هو عقد زمني: فالزمن عنصر جوهري فيه، وبهذا يختلف عن عقد البيع ؛ لأن البيع ينقل الملكية حال انعقاده وتتحقق شروطه.

6- عقد الاستصناع ضرب من ضروب المقاولات، أي أن عقد المقاولة أعم وأشمل من عقد الاستصناع، فقد يقوم المقاول بالعمل فقط، أو يقوم بالعمل إلى جانب تقديم المادة وكل ذلك باستقلال عن صاحب العمل، لذلك يشمل عقد المقاولة عقوداً كثيرة، منها عقود الأشغال العامة وعقد النشر، وعقد التوريد، وعقد الإعلان، وغيرها من التعهدات.

وسبق أن بينت أن القوانين القديمة دمجت عقد المقاولة وعقد العمل في عقد الإيجار[1] وكان يسمّى عقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع، و بسبب التطور التجاري والنشاط الاقتصادي تشعبت صوره بفعل كثرة الحاجات وتنوع الأعمال،

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع .(6/ 85) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (4/ 632) ،والزرقاء ، مصطفى: الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة .مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . العدد السابع . (2/ 239).

[1] انظر (ص 19) .

وظهور التخصص وتقسيم العمل، فأبدل باسمه القديم اسماً جديداً هو عقد المقاولة تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف. [2]

شرائط صحة الاستصناع[3]:

للاستصناع ثلاثة شروط إذا فاتت أو فات واحد منها فسد العقد وكان له حكم البيع الفاسد، وهي:

1- أن يكون المصنوع – محل العقد – مما جرى تعامل الناس على استصناعه، مثل المصنوعات والأحذية وغيرها، وهذا أمر يختلف باختلاف البلدان والأزمنة، ويمكن أن تضاف في عصرنا الحاضر كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبرية والبحرية والجوية والفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

2- أن يبين في العقد جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته، وذلك لإزالة الجهالة المفضية للمنازعة عنه لأنها مفسدة لهذا العقد.

وهذا ما نصت عليه المادة (782) من القانون المدني الأردني [4]: " يجب في المقاولة، وصف محله، وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه، ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل " والمادة (791) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. [5]

---

[2] د. السنهوري : الوسيط . (7/ 32) ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (2 / 582) ، ود. أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد . (ص 41) .

[3] الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 86) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار . (7/ 474) و د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته . (4/ 633) . ، و د. الكردي : فقه المعاوضات . (ص 388 ، 389) .

[4] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني . (582/2).

[5] وزارة العدل ، ديوان الفتوى والتشريع : مشروع القانون الفلسطيني .(ص 123) .

3- أن لا يكون فيه أجل، فإذا ذكر فيه أجل فسد عند أبي حنيفة، هذا إذا لم يستجمع شرائط السلم، فان استجمعها صلح سلماً، ووجه قوله أنّه إذا ضرب أجلاً فقد أتى بمعنى السلم والعبرة لمعاني العقود، لا لصور ألفاظها.

وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله تعالى- إنّ اشتراط الأجل لا يفسده، والعقد استصناع على كل حال حُدد فيها أجل أو لم يحدد ؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع [1].

والذي يظهر رجحانه هو قول الصاحبين ،بل من الضروري تحديد المدة، لأن العقد وارد على العمل والعين المؤجلين، وكل ما هو شأنه لا بد من تحديد الأجل لئلا يؤدي إلى النزاع والمخاصمة.

وجاء في قرار مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته السابعة ما نصه: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

1- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

2- أن يحدد فيه الأجل. [2]

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 86) ، و د. الثبيتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع : مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . (2/ 667) ، و د. القرة داغي ، علي محيي الدين : عقد الاستصناع ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . العدد السابع . 1992 (2/ 356) .

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة . العدد السابع . (1992 . (2/ 777، 778) .

المطلب السابع

تمييز المقاولة عن عقد الجعالة:

تعريف عقد الجعالة:

لغة [1]: الجعالة قد تضم أو تفتح، يقال لها أيضاً جَعيلة، أو جُعل وجِعال تطلق على ما يجعل للإنسان مقابل عمل، واجتعل الشيء: صنعه، يقال اجتعل من الخشب سريراً ، وتجاعلوا الشيء جعلوه بينهم.

شرعاً: عرفها الشافعية: " الجَعَالَة التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله [2]. مثل قول القائل: من ردّ عبدي الآبق، أو دابتي الضالّة ونحو ذلك، فله كذا [3].

وقال المالكية: " الجُعلُ هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها " [4].

وقال الحنابلة: " هي أن يجعل جعلاً لمن يعمل له عملاً من رد آبق، أو ضالة، أو بناء، أو خياطة ، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال، فيجوز ذلك " [5].

---

(1) ابن منظور : لسان العرب . (11/ 111) ، الفيروز أبادي : القاموس المحيط . (3/ 511) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط . (1/ 126) .

(2) الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 617) .

(3) النووي : روضة الطالبين . (4/ 335) وقد عرفها بالمثال .

(4) ابن رشد : بداية المجتهد. (2/ 235) ، و ابن جزيّ : القوانين الفقهية . (ص 182) .

أما الحنفية فلم يقولوا بعقد الجعالة، لما فيها من الغرر، أي جهالة العمل والمدة قياساً على سائر الإجارات وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق ومقدار الجعل أربعون درهماً [6].

وتسمى عند القانونيين: الوعد بالجائزة، فهي عقد أو التزام بإرادة منفردة [7].

ومنها ما يخصص من المكافآت لأوائل الناجحين، أو المتسابقين فيما يحل فيه السباق، ومنه الالتزام بمبلغ مالي لطبيب يشفي مريضاً من مرض معين، أو لمعلم يحفظ ابنه القرآن [1].

وقال الدكتور رفيق يونس المصري في تعريف الجعالة " المختار عندي أنه عقد معاوضة على عمل آدمي لا يتجزأ بالنسبة للجاعل، ولو تجزأ العمل لوجب تجزؤ العوض، وكان إجارة " [2].

مشروعية الجعالة:

العمل في عقد الجعالة قد يقع على معلوم كالخياطة والبناء، وهذا جائز بالاتفاق [3] فهو شبيه بالإجارة، وإنما الخلاف عندما يقع العمل على المجهول، مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق، والناشد على وجود العبد الآبق، والعقد الوارد على هذه

---

(5) البهوتي : كشاف القناع . (4/ 202) .

(6) الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 203)،و الميداني: اللباب في شرح الكتاب .(2/ 217) .

(7) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني . المادة (255) . (1/ 268).

(1) د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته . (4/ 784) .

(2) د. المصري ،رفيق يونس : بحوث في فقه المعاملات المالية . ط1 . دمشق : دار المكتبي 2000 . (ص 18) .

(3) الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 620) وابن جزيّ : القوانين الفقهية . (ص 182) ، البهوتي : كشاف القناع . (4/ 203) ، د. المصري ، رفيق يونس : بحوث في فقه المعاملات المالية . (ص 187) .

الأعمال من عقود الغرر ؛ لأن التزام العامل هنا تحقيق الغاية، والغاية هنا مظنون حصولها، والأصل أن يبذل العامل ما في وسعه لإنجاز العمل دون أن يلتزم بتحقيق النتائج، فالطبيب يلتزم ببذل كل الخدمات الطبية والعلاجية دون تقصير ولا يلتزم بشفاء المريض؛لأن الغاية مظنون حصولها.

فالحنفية لا تُجَوّز الجعالة عندهم لما فيها من الغرر، أي جهالة العمل والمدة، قياساً على سائر الإجارات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة، وإنما أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق [4] ، وذلك لصيانة مال المالك.

وتجوز الجعالة عند المالكية والشافعية والحنابلة [1]، سواء كان العمل معلوماً أو مجهولا، بدليل قوله تعالى في قصة يوسف مع أخوته: " قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"[2] أي كفيل، فالعوض معلوم وهو حمل البعير في مقابل عمل مجهول وهو رد مكيال ملك مصر المرصع بالجواهر [3]

والمعقول يؤيد ذلك، قال الشربيني في مغني المحتاج [4]: " ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة حر آبق، وعمل لا يقدر عليه، ولا يجد من يتطوع بردّه " فجاز بذلك الجعل على الرغم من جهالة المدة والعمل، لأن الجعالة غير لازمة، بينما الإجارة لازمة ولا بد من تحديد المدة.

---

[4] الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 203) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار . (4/ 290) .

[1] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 217)، و النووي : روضة الطالبين . (4/ 335) ، وابن رشد : بداية المجتهد . (2/ 235) ، والبهوتي : كشاف القناع . (4/ 203)

[2] سورة يوسف : الآية: (72)

[3] القرطبي : الجامع لأحكام القرآن . بيروت : دار إحياء التراث العربي . 1966 م . (5/ 232) .

[4] الشربيني : مغني المحتاج . (3/ 617).

في ضوء ما تقدم، تبين لي أنّ مقومات الجعالة هي: [5]

1- الصيغة، فالجعالة التزام بإرادة واحدة فلا تتحقق إلا بصيغة من الجاعل، تدل على إذن بالعمل بطلب صريح، وعمل العامل يقوم مقام القبول أحياناً.

2- العاقدان، وهما الجاعل والعامل، ويشترط فيهما أهلية التعاقد، ولا يشترط في الجاعل أن يكون مالكاً، إذ قد يكون متبرعاً.

3- العمل، وتصح على عمل معلوم، أو عمل مجهول، ويشترط في العمل أن يكون منفعة حقيقية مباحاً الانتفاع بها شرعاً.

4- البدل: يشترط لصحة الجعالة أن يكون البدل أو الجعل معلوماً ،فلو قال: من ردّه فله ثوب أو أرضيه فَسَدَ العقد وللرّاد أجرّةُ مثله.

وقد أخذ القانون المدني العراقي [1] صراحة بالجعالة في المادة (185) والتي تقول: " من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل، حتى لو قام به دون شغل إلى وعد " ، وتماثله المادة (126) من القانون المدني المصري[2] والمادة (210) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة (255) من القانون المدني الأردني وهذا نصها[3]: " من وجّه للجمهور، وعد بجائزة يعطيها عن

---

[5] النووي : روضة الطالبين . (4/ 335-338) ، والشربيني : مغني المحتاج . (616/3 -627) ، ود. الجميلي ، خالد رشيد : الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون . ط1 . بيروت : مكتبة النهضة العربية . 1986 . (ص43) ، ود. أبو البصل : عقد المقاولة والتوريد . (ص 44 ، 45) ، ود. السنهوري : الوسيط . (1466/1، 1467) .

[1] د. الجميلي ، خالد : الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون . (ص 171) .

[2] د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني . (ص 1/ 1464) .

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 268)

عمل معين، وعين له أجلاً، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قـــام بـــه دون نظر إلى الوعد بالجائزة ".

أما إذا لم يعين أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده ،بإعلان للجميع على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، ولا تســمع دعــوى المطالبــة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان عدول الواعد " وهذا ما نصــت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة و القانون.

وخلاصة البحث أن عقد الجعالة إذا كان المحل فيه يرد على عمل مجهــول لا ينــدرج تحته أحكام عقد المقاولة، إذ لا بد من تحديد العمل ومواصفاته بدقة في المقاولة.

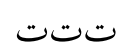
أمّا إذا كان محل الجعالة عملاً معلوماً، فتندرج تحته أحكام عقد المقاولة بشرطين:

1- أن يكون العمل والعامل معلومين.

2- أن يكون التزام عناية، وليس التزام غاية، وبهذا تندرج عقود أصحاب المهن الحرة، كمهنة الطب ،والمحاماة، ومهنة المحاسبة والتعليم تحت أحكام عقد الجعالة في الفقــه الإسلامي وتحت أحكام عقد المقاولة في القانون المدني الوضعي، غير أنه لم يشــر في مواده إلى عقد الجعالة عند تنظيمه لعقد المقاولة [1].

---

(1) د. السنهوري : الوسيط. (1464/1 وما بعدها) ، و د. أبو البصل : عقــد المقاولــة والتوريــد .(ص 45) ، والضرير ،الصديق محمد الأمين : الغرر وأثره في العقود . (ص 502 – 504) ، و المذكرات الإيضــاحية للقــانون المدني الأردني .(1/ 268) ود. الجميلي : الجعالة وأحكامها في الشريعة والقــانون . (ص 173– 180) ،ووزارة العدل : ديوان التشريع والفتوى : مشروع القانون المدني الفلسطيني . (29) .



المقاولة عقد مستقل

مما تقدم يتضح أن عقد المقاولة عقد مستقل، له أركانه وشروطه وأحكامــه وآثــاره الخاصة، بعد أن كان مختلطاً بعقود البيع والاستصناع والإيجار، فالبيع عقدٌ ناقلٌ للملكيــة، يرد على العين بينما المقاولة ترد على العمل،و إن كان عقد المقاولة يشبه أحكــام الأجيــر المشترك في الفقه الإسلامي، حينما يلتزم بتقديم العمل فقط، فهو مختلف عن عقد الإيجــار في التشريعات المدنية المعاصرة، حيث قصرت الإجارة على منافع الأعيان.

ويتميز عقد المقاولة عن عقد العمل ،بأنّ المقاول لا يخضــع لإدارة صــاحب العمــل وإشرافه، بل يؤدي عمله مستقلاً ،وتقدر المنفعة بنتيجة العمل وحده، بينما يكون العامــل في عقد العمل تابعاً لصاحب العمل، ويعمل تحت إشرافه وإدارته، وتقدر منفعته بالمدة.

والمقاول وهو يؤدي العمل لمصلحة من طلبه منه، لا ينوب عنه، وإنما يعمل مستقلاً، بخلاف الوكيل في عقد الوكالة، الذي يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله، ويكون نائباً عنه، وتضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلى الموكل، كأنه هو الذي يعقدها مباشرة.

كل هذه الاختلافات تدل بوضوح على أنّ عقد المقاولة له شبه ببعض العقود، لكنه ليس هو ذلك العقد، وإنما هو عقد مستقل، كما فصلت ذلك آنفاً .

وتبين أيضاً أنّ عقد المقاولة من العقود الحيوية واسعة الانتشار ،التي تدفع عجلة النشاط الاقتصادي إلى الأمام، مما يؤدي إلى تحقيق الرخاء وازدهار البلاد وانتعاشها وذلك لاتساع نطاقه، وتعدد أنواعه وصوره.

وكونه عقداً يرد على العمل، والعمل عنصر جوهري فيه، شمل بأحكامه مجموعة من العقود المشروعة والمشهورة في الفقه الاسلامي،والتي تغيرت طبيعتها وتكيّفت بسبب التطور الهائل على صعيد المعاملات المالية والتجارية، فأصبحت عقوداً لازمة، بعد أن كانت غير لازمة، وعقود معاوضات بعد أن كانت من عقود التبرعات، ومنها عقد الإيداع الذي يكون مقابل بدل، وعقد الجعالة عندما يكون العمل والعامل معلومين، وعقد السلم المسمّى في القانون المدني المعاصر بعقد التوريد، والذي اتسعت دائرته ليشمل تمويل النشاط الزراعي والصناعي والتجاري، وعقد الاستصناع الذي تطور ما يطلب من الصانع، ليشمل اليوم استصناع المعدات والآلات الضخمة، والأجهزة الكهربائية المتنوعة، والأسلحة المختلفة ووسائل النقل المتعددة ، و لم يعد مقبولاً أن تبقى هذه العقود غير لازمة لما يترتب على ذلك من أضرار جسيمة تلحق بالمتعاقدين.

والخلاصة أن عقد المقاولة يلتقي مع غيره من العقود بخصائص عديدة كونها عقوداً رضائية، وملزمة للجانبين، ومحلها القيام بعمل، ومن عقود المعاوضات فأحكام عقد المقاولة تشملها وتنطبق عليها، وتعد من صورها وأنواعها.

وبقي أن أذكر هنا، أن عقد المقاولة، وإن كان له شبه بتلك العقود التي ذكرتها آنفاً، يظل عقداً مستقلاً قائماً بذاته، ولا يستمد مشروعيته بما له شبه فيها فحسب، وإنما لتوافر الأركان والشروط المعتبرة الواجبة التوافر في العقود، شأنه في ذلك شأن عقد الاستصناع والإيجار والسلم وغيرها من العقود ،التي لا تعارض نصاً ولا تتنافى مع مبادىء والقواعد العامّة التي تحكم العقود في الإسلام.

الفصل الثاني

أهمية عقد المقاولة ، وصوره ، وأدلة مشروعيته

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية

المبحث الثاني : صور إبرام عقد المقاولة

المبحث الثالث : أدلة مشروعيته

المبحث الأول

أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية

المبحث الأول :

أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية

ممّا يُميز فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية أنّه مبنيٌّ على مراعاة العلل والمصـــالح، وباستطاعة المتأمل و الدارس أن يستوعب ويستنبط الحكم والعلل للمعاملات التي شـــرعها

الله تعالى للناس ، بخلاف العبادات فإنها تعبدية ، غير معللة ، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي [1]: " الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني وأصل العادات الالتفات إلى المعاني " [2] .

والمصالح التي قصدها الشارع الحكيم من إباحته للمعاملات بوجه عام ، هي تحقيق المصالح الحاجية ، وهي المصالح التي لا بد منها لتأمين شؤون الحياة بيُسر وسهولة ، وتدفع عنهم المشقة وتخفف عنهم التكاليف، فشرع الله تعالى البيوع والشركات والإجارة ، ورخص في بعض العقود التي لا تنطبق عليها الأسس العامة في العقود كالسّلم والاستصناع .

وقد شرعت بعض أنواع المعاملات لتحقيق المصالح الضرورية التي ترجع إلى حفظ المال ، فشرع لإيجاده وتحصيله السعي في مناكب الأرض والكسب المشروع ، وشرع لحفظه وحمايته تحريم السرقة وتحريم أكل أموال النّاس بالباطل ، وحرّم الله تعالى الغش والاحتكار والإسراف والتقتير وبيع الإنسان على بيع أخيه للمحافظة على المصالح التحسينية [3].

ومن هنا فإن العقود التي أجازها الفقهاء عبر العصور حتى وقتنا الحاضر ، مردها حاجة النّاس لها ولتيسير أمورهم ورفع الحرج عنهم ، ولولاها لتوقف النشاط الاقتصادي والاجتماعي ، ولأصابهما خلل كبير لا يستقيم معه أمر الحياة إلا بعسر ومشقة بالغين ، وليس هذا من أسس التشريع الإسلامي ، وينطبق ذلك على عقد المقاولة الذي برز في القرن الماضي على الساحة العمرانية والتجارية والصناعية ، وانتشر انتشاراً واسعاً في ميادين العمل وفي أنحاء المعمورة ، الأمر الذي دعا واضعي القانون المدني في دول العالم

---

[1] هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي " أبو اسحق " ، الفقيه الأصولي المفسر المحدث ، من أئمة المالكية ، أخذ عن أئمة منهم ابن الفخار، وأبو عبد الله البلنسي ، وأخذ عنه أبو بكر بن عاصم ، وعبد الله البياني ، له تآليف نفيسة منها : " الموافقات في أصول الفقه " و " الإعتصام " ، توفي سنة 790 هـ . ابن قاسم مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (332/1) ، والزركلي : الأعلام . (75/1) .

[2] الشاطبي ، ابراهيم بن موسى : الموافقات في أصول الشريعة . القاهرة : المكتبة التوفيقية . (1/ 256)

[3] انظر : د. الدريني ، فتحي : النظريات الفقهية . (ص 181 ، 182) . و د. الزحيلي ، محمد : أصول الفقه الاسلامي .ط5 . دمشق : مطبعة جامعة دمشق . 1987 م . (ص 92- 94) . ود. شبير ، محمد عثمان : المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي .ط1 . عمان : دار النفائس .1996 م . (ص 21-23) .

– بما فيها الإسلامي – إلى تنظيم أحكام عقد المقاولة وتفصيلها في عقد جديد من عقود العمل ، وانكب شُراح القانون المدني على شرحه وبيان أحكامه وتفصيلها .

وقد أشارت إلى هذه الأهمية المستجدة والمتزايدة لعقد المقاولة المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني التي جاء فيها[1] " اتسع ميدان العمل والصناعة واتجه الناس إلى رفع شأن العامل والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهن بالأجير ، وجرى العرف بينهم على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد الاستصناع الذي كان الفقهاء يستعملونه، وأصبح مفهوم عقد المقاولة شاملاً بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد ؛ تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية ، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بالاستصناع والأجير المشترك على أساس مماثلتها بما استجد من الحوادث" .

فعقد المقاولة في أصله متعارف عليه منذ زمن بعيد ، ومنذ العصور الأولى للإسلام، ولكن بأسماء مختلفة كالإجارة والبيع والاستصناع ، وظهرت الحاجة الشديدة إليه عند ما لم يجد الشخص مبتغاه من السلع والأدوات الجاهزة المتوافرة في السوق والمعروضة للبيع ، فدفعه إلى أن يتعاقد مع صانع محترف ليوفر له ما يحتاجه ، كصناعة حذاء أو قميص أو إناء ووفق ما يلائم رغباته ، ويتناسب مع ذوقه من الأوصاف ، سواء قدّم المستصنع المواد اللازمة من عنده أو من الصانع ، وبمدة محددة ومقابل بدل يتفق عليه، أو يحتاج لمن يقوم له بعمل أو خدمة ما ، كبناء جدار أو هدمه ، أو ترميم بيت أو فلاحة أرض .

وعلى الرغم من شيوع تلك المعاملات المالية ، والتي محلها القيام بعمل مادي ، سواء قدّم العامل المواد من عنده أم من عند صاحب العمل في المجتمعات البشرية المتحضرة التي فيها المهن والاحتراف، فقد ظلت في النطاق الفردي الشخصي نظراً لبساطة الحياة وسهولتها ، ثم اتسع نطاقه وتعددت صوره وأشكاله في القرن الماضي وأيامنا هذه ، إذ لم يعد مقصوراً على صناعة الأحذية والجلود والأثاث المنزلي ، أو ترميم بيت أو هدم جدار ، بل أصبح من العقود المحققة للحاجات العامة والمصالح الكبرى ، نظراً للازدياد المستمر في عدد السكان ، وازدياد الطلب على أعمال الصناع والحرفيين المهرة المتمثل في السلع الصناعية المستجدة التي أوجدتها الاختراعات وفنون الصناعة ، و التصميمات الرائعة في البناء وإقامة المشاريع الحيوية .

---

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني .(2/ 582) .

وقد شمل ذلك الأغذية والأدوية والملابس ووسائل الفلاحة والزراعة والاتصالات إلى أدوات الكتابة والطباعة والتسلية والرياضة ، ووسائل الإنارة والتنظيف والتدفئة والتبريد إلى ما سوى ذلك .

ولم يقف الأمر عند حاجة الناس إلى تلك السلع الاستهلاكية ، بل تعدى ذلك ليشمل التعاقد على صناعات متطورة وهامة جداً في الحياة المعاصرة ، كوسائل النقل الحديثة كالطائرات والبواخر العملاقة والقطارات والسيارات بمختلف أحجامها وأنواعها ، والآلات الضخمة لإنشاء المصانع المنتجة ، وآلات الطباعة وغيرها ، ومختلف أنواع الأسلحة الحديثة ، حيث سمت مجلة الأحكام العدلية في المادة (388) استصناع السلاح مع معمل أسلحة : " مقاولة " ، ويصح أن يكون كل ذلك التعاقد فيه سلماً ، والذي هو نوع من أنواع المقاولات.

ومن أبرز الأمثلة التطبيقية على عقد المقاولة إنشاء المباني الضخمة ، كالمدارس والجامعات والمستشفيات ، وإقامة السدود وتعبيد الطرق ، ودور السكن، سواء كانت الأرض مملوكة للمقاول أم لصاحب العمل ، فيقوم المقاول ببناء بيت لصاحب العمل بحسب المواصفات والتقسيمات والكسوة التي يرغبها ، ويسلمه المقاول مفاتيح البناء مقابل بدل يتفقان عليه ، وقد تكون المواد اللازمة للبناء مقدمة مع العمل من المقاول أو من صاحب العمل .

ومن جانب آخر قد يكون محل العقد في المقاولة غير متصل بشيء معين ، بل هو مجرد عمل ،كنقل الأشخاص والإعلان والعلاج والمرافعة والتدريس والمحاسبة وغير ذلك.

وهذه الأعمال وأمثالها تندرج في الفقه الإسلامي تحت أحكام عقد الجعالة بشرط العلم بالعمل والعامل ، كما أن بعض عقود المقاولات أخذت أهمية خاصة ونظمت قواعدها وأحكامها تحت أسماء معينة ، وكانت محلاً لاهتمام الشراح والفقهاء ، كعقد النقل والنشر والتوريد وعقود الصيانة وغيرها .

وهكذا يتضح أن عقد المقاولة قد دخل في مجالات لا حدود لها في عصرنا الصناعي والعملي هذا .

وفي ضوء ما تقدم ، يتبين أن لعقد المقاولة فوائد عظيمة ، من أهمها [1]:

1- القضاء على البطالة المنتشرة في العالم ، وخصوصاً المجتمع الإسلامي ، فنطاق التعاقد بالمقاولة واسع شمل جميع جوانب الحياة وبالأخص إذا كان تعاون بين المصارف الإسلامية والشركات الصناعية الكبرى وشركات التعهدات والمقاولات ، متمثلاً في تمويل المشاريع الضخمة ودعم الصناع والحرفيين وأصحاب الورش الصغيرة، ليتمكنوا من مواصلة أعمالهم لمن يطلبها منهم على حساب الدين أو أقساط ميسرة .

2- تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، فعندما يطلب شخص عملاً أو سلعة ما بصفات معينة ، ويجد مبتغاه بيسر وسهولة ، فهذا يدل على عدم وجود تضخم في الصناعات ، وشيوع التوازن بين العرض والطلب .

3- التحررمن قيد تعجيل الثمن كما هو في السلم ، ففي عقد المقاولة توسيع لنطاق التعاقد على بيع المعدوم وتشجيع للحركة العمرانية ، كما هو حاصل في بيع الدور السكنية على الخريطة دون أن يدفع طالبها كامل ثمنها،وبأقساط محددة حسب استطاعته .

4- بسبب إقامة المباني السكنية بعقد المقاولة ، ساعد في التغلب على أزمة المساكن ، ممايحقق الرفاه الاجتماعي ، ورواج التجارة وانتعاشها ، وتنشيط حركة الأيدي العاملة .

5- تنوع وتعدد المحل الذي يرد عليه عقد المقاولة ، في ظل هذا الانفجار الصناعي والعمراني الذي يخدم حقولاً عظيمة الأهمية من البشر ، وأدى إلى تنشيط الحركة الصناعية والعمرانية ، وأسهم في ازدهار اقتصاد البلاد ،وانتعاش الأفراد والمجتمعات، ومكنهم من العيش برفاه وطمأنينة .

6- الإسهام في تنشيط الحركة التجارية ، إذ تقوم شركات تجارية كبرى بنقل ما أنتجته تلك العقود المتنوعة من سلع ومعدات وآلات إلى مختلف أقطار العالم ،فتفتح الطريق أمام المصارف الإسلامية والتجار الذين يحرصون على عدم تدنيس أموالهم بالربا

---

[1] انظر : د. الثبيتي ، سعود بن مسعد : الاستصناع تعريفه – تكييفه . مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة . العدد السابع (672،673/2) ، ود. الزحيلي ، وهبة : عقد الاستصناع . العدد السابق من نفس المجلة (320/2) ، والزرقاء ، مصطفى أحمد : عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة . العدد السابق من نفس المجلة (2/ 246-249) و د. الفرفور ، محمد عبد اللطيف : أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية . المرجع السابق (507/2-514-516) ، ود . عبد الله ، محمد عبد الله : عقد الاستصناع . المرجع السابق (2/ 398-401) .

ولا بشبهاته باستثمار الأموال بطريــق التوريــد ، وتمويــل أصــحاب المصــانع ، والشركات الكبرى على تنفيذ مشاريع البنى التحتية كتعبيد الطرق وأعمال الكهربــاء والاتصالات والمياه والصرف الصحي ، وتمويل أصحاب الورش الصغيرة ليتمكنــوا من بيع منتجاتهم بأثمان مؤجلة،وهذا يسهل على الشباب الذين يرغبون فــي العفــة توفير ما يلزمهم دون أن يدفعوا كامل الثمن عند التعاقد ، ويرفع الحرج والمشقة عن الناس بمختلف شرائحهم ، وينشط الحركة التجارية والصناعية .

وكان الأجدر والأولى بالمجتمعات الإسلامية أن تتحد وتتعاون فيما بينهــا لاســتغلال مواردها الطبيعية وإمكاناتها المادية والمعنوية ، والاعتماد على نفسها في تلبية حاجــات الأفراد والشعوب من السلع والخدمات عبر تبادل الخبــرات والتبــادل التجــاري ،كمــا عليهاأن تقيم صروحاً اقتصادية تكفل لها القوة والمنعة والعزة ، بدلاً من أن تبقى شعوباً مستهلكة غير منتجة ، وتابعة للغير ، وعليها أن تستفيد من تجارب الأمم الأخرى التــي أخذت تنسق فيما بينها الخطط والمشروعات للنهوض باقتصاد بلدانهم وتنشــيط التجــارة فيها ولتحسين مستوى دخل أفرادها ، كالسوق الأوروبية وغيرها من التكتلات .

المبحث الثاني

صور إبرام عقد المقاولة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المقاولة الأصلية

المطلب الثاني : المقاولة من الباطن

المطلب الثالث : عقد المقاولة الموازي

المبحث الثاني

صور إبرام عقد المقاولة [1]

تبين فيما مضى أنّ عقد المقاولة من العقود الحديثة الواردة على العمل ، وأنه يستند في تقرير أحكامه وتفصيل مواده على تماثله بالعقود المشروعة المسمّاة في الفقه الإسلامي، كالاستصناع والأجير المشترك والسلم ، ويستمد مشروعيته أيضاً من انطباق الأركان والشروط التي يجب توفرها في العقود ، فضلاً عن عدم معارضته للقواعد والأصول العامة التي تحكم العقود في الإسلام .

وبعد الدارسة والاستقصاء تبين أنّ لانعقاد المقاولة صوراً ثلاثاً هي: المقاولة الأصلية ، والمقاولة من الباطن ، والمقاولة مع تخلل مؤسسة مالية وسأتناول هذه الصورة في المطالب الآتية :

---

(1) انظر : د. الزحيلي ، وهبة : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة . العدد الرابع عشر ، 2003 م ، هذا العدد من المجلة لم يطبع ، وأخذ البحث من موقع د. الزحيلي على الانترنت وهو (http://www.Zuhayli.com) ، ود. سانو ، قطب مصطفى : عقد المقاولة : حقيقته ، تكييفه ، وصوره : مجلة مجمع الفقه الإسلامي . جدة ، العدد الرابع عشر 2003 م . وأخذ البحث من الانترنت (www.google.com) .

المطلب الأول : المقاولة الأصلية :(عقـد المقاولـة مباشـرة بـين المقـاول والمستفيد)

يتعهد المقاول ففي هذه الصورة بتنفيذ العمل المطلوب منه بحسب المواصفات والمقاييس التي يزوده بها صاحب العمل ، سواء قدّم المواد مع العمل ،أو قام بالعمل فقط ، والمهم أنّه يتفق مباشرة مع المستفيد من العمل ، وينفذ العمل بنفسه دون حاجة إلى التعاقد مع غيـره لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد .

وهذه هي الصورة الغالبة الوقوع عند إبرام عقد المقاولة وتنفيذه ، وهي تظهر بوضوح التزامات كل من المقاول وصاحب العمل وبنود الاتفاق بينهما ، ويرجع كل منهما للآخـر في مطالبته بتنفيذ التزاماته .

المطلب الثاني: المقاولة من الباطن : [1]

تقع هذه الصورة في الغالب في مقاولات المباني والمنشآت والمشـاريع الكبيـرة ، حيـث تتشعب الأعمال ، وتحتاج للقيام بها إلى خبرات عديدة من فنيين ومهنيين ، وجهود كبيرة ، لا يستطيع المقاول القيام بها وحده ، فيلجأ إلى الاتفاق مع مقاول آخر أو أكثر للقيام بتنفيـذ العمل كله أو بعضه ، فمثلاً قد يعهد ببناء أساس العمارة إلى شخص ، وأعمال بناء الهيكل والجدران وعقد السقوف إلى آخر ، وأعمال المياه والكهرباء والتدفئة إلى ثالث ... وهكذا

ويسمى المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل بالمقاول الأصـلي أو الأول ، ويُسـمى الشخص الذي عُهد إليه للقيام ببعض الأعمال أو كلها بالمقاول الثاني أو من الباطن .

أمّا إذا إشترط صاحب العمل في العقد أن ينفذ المقاول العمل بنفسه ، أو كانت طبيعـة العقد تقتضي ذلك ، كأن يكون محل المقاولة عملاً فنياً ، وعهد به إليه لمهارتـه ،وإتقـان عمله ، وسمعته الحسنة ، فلا يجوز عندئذ للمقاول أن يعهد لشخص آخر بتنفيذ العمل كلـه أو جزء منه ، وهذا ما أكدته القوانين المدنية المعاصرة في موادها ، فقد جاء فـي الفقـرة

---

[1] ، ود. الفضلي : الوجيز في العقود (ص429 –436) ، ود.الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة فـي قـانون المعـاملات . (ص 280) ،ود. السنهوري : الوسيط .(ص 208 –213) ود. السرحان : العقود المسـماة .(ص 90–94) ، ود.الشـهاوي: عقـد المقاولة في التشريع المصري .(ص235 –249) ود.عنبر: الوجيز في عقد المقاولة(ص 247–255) ،ود. أبو قرين: الأحكام العامة لعقد المقاولة . (ص30 –48) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة .(234–240) .

الأولى من المادة (810) [2] من مشروع القانون المدني الفلسطيني مـا نصّـه " يجـوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعـه من ذلك شرط العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه " ، وهـي مطابقـة لنص المادة (661) من القانون المدني المصري إلا في آخر جملة تنص في هذه المـادة " أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته " [3] .

وهذا مأخوذ من فقه المذهب الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع [1] فقد نصت المادة (572) من مجلة الأحكام العدلية على أنه"لو أطلق العقد حين الاستئجار فللأجير أن يستعمل غيره " والمادة (571) تـنص علـى أن " الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره " [2].

وان لم يكن شرط مانع أو مقتضى طبيعة عمل ، ولجأ المقاول إلى آخر لتنفيـذ العمـل ، تبقى مسؤولية المقاول الأصلي قائمة قِبَلَ صاحب العمل وكأنها صادرة منه [3] ، فإذا أخل المقاول الثاني بإنجاز العمل أو بالتزامه في تسليمه في الموعد المحدد ، أو ظهر في عملـه عيب ، كان المقاول الأصلي مسؤولاً عن ذلك تجاه صاحب العمل .

والمقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الثاني يفقد صفة المقـاول ، وتكـون علاقـة صاحب عمل بمقاول ،فيحتفظ لنفسه بالإشراف وتنسيق الأعمال بين المقاولين من الباطن ، فهي علاقة عقدية ينظمها عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما ، ويعمـل المقـاول مـن الباطن باستقلال عن المقاول الأصلي ، فهو ليس تابعاً له ، ويرتب العقد الثاني علـى كـل منهما التزامات تجاه الآخر .

---

(2) وزارة العدل ، ديوان الفتوى والتشريع ، مشروع القانون المدني الفلسطيني . (ص 127) .

(3) د. السنهوري : الوسيط . (7/ 208) وتتفق معها حكماً الفقرة الأولى من المادة (882) من القانون المـدني العراقـي . ود. الفضلي : الوجيز في العقود المدنية .(ص 441) ، والفقرة الأولى من المادة (798) من القـانون المدني الأردني والمادة (890) من القانون المدني الإماراتي ، انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (586/2) ، ود. الزحيلـي ، وهبـة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والأردني . (ص 280) .

(1) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار (9/ 24، 25)

(2) حيدر ، علي درر الحكام شرح مجلة الأحكام (561/1-562)

(3) وهذا بصريح الفقرة الثانية من المادة (810) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردنـي فـي المادة (798) .

والأصل أن لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب العمل والمقــاول مــن البــاطن ، إذ لا يربطهما أي عقد ولا يطالب كل منهما الآخر بتنفيــذ التزاماتــه إلا مــن خــلال المقــاول الأصلي .

وهناك استثناء لهذه القاعدة العامة نصت عليه بعــض القــوانين المدنيــة، كالقــانون المصري في المادة (662) [1] ونصها كما يلي " يكون للمقاولين من البــاطن وللعمــال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبــة رب العمــل مباشــرة بمــا لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمــال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قِبَلَ كل من المقاول الأصلي ورب العمل " .

وكل ما تقدم بيانه لا يخالف أي شرط أو قاعدة من الشروط والقواعد التي تحكم العقــود والمعاملات المالية في الفقه الاسلامي ، ويندرج هذا الأمر ضمن الصلاحيات العامة التــي تُعطى للمقاول الأصلي .

---

[1] د. السنهوري : الوسيط (225/7) وتطابقها الفقرة الأولى من المادة (811) من مشروع القانون المدني الفلســطيني ، وتوافقها في الحكم المادة (883) من القانون المدني العراقي ،انظر: د. الفضلي :الوجيز في العقود المدنية (ص 435)

المطلب الثالث : عقد المقاولة الموازي[1]:

فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية قادر على استيعاب المستجدات في مجال المبادلات والاتفاقيات المالية المعاصرة ، ومنها هذه الصورة الحديثة لعقد المقاولة .

ويلاحظ أن عقد المقاولة أصبح وسيلة هامة من وسائل التمويل الاسلامي في عصرنا ، بعد أن أفرزت الحياة الاقتصادية أنشطة استثمارية غير مباشرة ، كأن يطلب صاحب العمل تمويلاً من المؤسسة المالية ، كالمصرف الاسلامي أو غيره؛ ليتمكن من إقامة مجموعة من البيوت على أرض يملكها ، ولا يسد حاجته بما يقدمه له المصرف من مواد البناء ويدفع ثمنها أقساطاً مؤجلة ، ويدخل مع المصرف بعقد مقاولة ، ويلتزم المصرف بأن يسلمه البيوت جاهزة بمفاتيحها وبحسب الشروط والمواصفات التي يرغبها صاحب الأرض ، مقابل بدل يلتزم به هذا الأخير يُدفع بعد إنجاز العمل على أقساط محددة ميسرة ، ومن ثم يقوم المصرف بطرح المشروع مناقصة لشركات البناء والمقاولات ، ويتعاقد مع الشركة التي يرسو عليها العطاء بعقد مقاولة آخر يكون فيه هو صاحب العمل ، بنفس الشروط والمواصفات التي نص عليها في العقد الأول ، ويقابل التزام الشركة بالتعهد بالعمل بدلاً يدفعه المصرف " صاحب العمل " معجلاً أو بتأخير جزء منه حسب الاتفاق .

ويشترط المصرف على شركة البناء بضمان المبنى له أو لمن يحدده ، بعد أن يكون قد اشترط على صاحب الأرض أن يقبل الضمان منه أو من أي طرف آخر يحدده المصرف .

وهذا يحقق للمصرف ولشركة البناء ربحاً معقولاً ، ويحل مشكلة صاحب الأرض ، وهذه الصورة مقبوله شرعاً على أساس عقد المقاولة من الباطن ، وتماثل هذه الصورة ، صورة

---

[1] انظر : د. الزحيلي ، وهبة : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر 2033م ، ود. سانو ، قطب مصطفى : عقد المقاولة ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد الرابع عشر 2003 .

أخرى في عقد الاستصناع وهو ما يعرف بالاستصناع الموازي ، فهو عقد جديد مستقل عن عقد الاستصناع الأول ، يبرمه المصرف الاسلامي مع شركة صناعية [2].

المبحث الثالث

أدلة مشروعية عقد المقاولة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : القرآن الكريم

المطلب الثاني : السنة النبوية الشريفة

المطلب الثالث : المعقول

---

[2] د. السالوس ، علي : عقد الاستصناع ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي بجدة . العدد السابع (295/2) . 1992م .

المبحث الثالث :   أدلة مشروعية عقد المقاولة

لما كان عقد المقاولة من العقود المستجدة في الوقت الحاضر،انطبقت عليه الشروط العامة الواجب توافرها بالعقود ، ونهض في أحكامه على مجموعة عقود في الفقه الاسلامي كعقد البيع والإجارة الواردة على العمل والسّلم والجعالة وعقد الاستصناع .

وتستند مشروعية عقد المقاولة إلى أدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنةالنبوية الشريفة والمعقول وفيما يلي بيان ذلك في المطالب الآتية :

المطلب الأول : من القرآن الكريم :

1- قال تعالى :**" يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ "** [1]

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة : أنها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً وبإطلاق ، دون تعيين لنوع العقد ،فشملت العهود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها ، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض ، كالبيع والإجارة والزواج وغيرها ، وبكل عقد يتعارفه الناس ، ويحقق مصالحهم ، ما دام لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصولها ، وعقد المقاولة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام [2].

---

[1] سورة المائدة : الآية (1) .

[2] القرطبي : الجامع لأحكام القرآن . (ص 5/6)

وغير ذلك من الآيات الدالة على وجوب الوفاء بالعقود كقوله تعالى : " **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**" [3]

2- عموم الآيات الكريمات الدالة على حِلّ جميع أنواع البيوع ، إلا ما حرمه الله تبارك وتعالى ورسوله- صلىالله عليه وسلم-كقوله تعالى :" **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**" [4]، ويشمل ذلك عقد المقاولة ، لأنها نوع من أنواع البيوع المشروعة لما فيها من تبادل المنافع بين المتعاقدين .

وعلى هذا الأساس صرّح الإمام الشافعي – رحمه الله – في كتابه (الأم) : " فأصلُ البيوعِ كُلَّها مُباحٌ إذا كانت برضى المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مُحَرّم إذ أنه داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى .[1]

3- قال تعالى : " **يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** " [2] .

وجه الاستدلال بالآية الكريمة : أنها تدل بعبارتها صراحة على أنّ الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو رضا صاحب هذا المال ، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة ، وهذا أصل تشريعي عام ، فالتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشىء التزامات[3] ، ومن ضمنها عقد المقاولة الذي يكون عن تراضٍ بين المقاول وصاحب العمل ، ويبغي كل واحد منهما التكسب والربح ، وهذا المعنى ثبت بنص الآية الكريمة .

المطلب الثاني : من السنة النبوية الشريفة :

1- من الأحاديث الشريفة التي تدل على جواز عقد الاستصناع :

---

[3] سورة الإسراء : الآية (34) .

[4] سورة البقرة : الآية (275) .

(1) الشافعي ، محمد بن إدريس : الأم . ط2 . بيروت : دار المعرفة .1973م (3/2) .

(2) سورة النساء : الآية(29)

[3] القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (134/5) .

- عن نافع أنّ عبد الله بن عمر حدثه أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتماً من ذهب ، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه ، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب ، فرقي المنبر ، فحمد الله وأثنى عليه فقال:إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه فنبذه ، فنبذ الناس " (4).
- وعن أنس رضي الله عنه قال : صنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتماً قال : إنا اتخذنا خاتماً ونقشنا فيه نقشا ًفلا ينقش عليه أحد . قال : فإني لأرى بريقه في خنصره" (1)

* قال البخاري –رحمه الله – :حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم قال : " أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة – امرأة قد سماها سهل – أن مُري غلامك النجار يعمل لي أعوادا ًأجلس عليهن إذا كلمت الناس . فأمرته بعملها مِن طرفاء الغابة ثم جاء بها ، فأرسلت إلى رسول الله –صلى الله عليه وسلم – بها، فأمر بها فوضعت ، فجلس عليها " (2)

وجه الاستدلال بالأحاديث الشريفة :

توضح الأحاديث الشريفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز استصناع الخاتم والمنبر ، ولقد عنون البخاري_ رحمه الله_ في صحيحه باباً قال فيه :" باب الاستعانة بالنجار والصّناع في أعواد المنبر والمسجد " وقال ابن حجر في الفتح: " فقوله أعواد المنبر يتعلق بالنجار وقوله والمسجد يتعلق بالصناع ، أي والاستعانة بالصناع في المسجد أي في فناء المسجد ، ومنه تؤخذ مشروعية الاستعانة بغيره من الصناع لعدم الفرق " (4) والاستصناع عقد وارد على العمل مع الالتزام بتقديم المواد اللازمة للصناعة ، وهي في القوانين المدنية الإسلامية وغيرها تسمى عقد المقاولة ، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البدل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة من عنده لإتمام المطلوب منه

---

(4) أخرجه البخاري ،كتاب اللباس ، باب من جعل فصّ الخاتم في بطن كفه ، برقم (5876) ، انظر ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري (10/ 399) .

(1) أخرجه البخاري ،كتاب اللباس ، باب الخاتم في الخنصر برقم (5874)انظر: ابن حجر : فتح الباري(398/10) .

(2) أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب النجار برقم (2094) انظر ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري (400/4)

(3) العسقلاني ، ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري برقم (715/1).

بإدارته مستقلاً عن صاحب العمل ، وهذا هو جوهر عقد المقاولة ، ولهذا تكون تلك الأحاديث نصاً في مشروعية عقد المقاولة .

2- الأحاديث الشريفة التي تدل على جواز الإجارة الواردة على عمل الإنسان " الأجير المشترك "

*عن أبي هريرة -رضي الله عنه عن النبي_ صلى الله عليه وسلم_ قال : " ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه: وأنت ؟ فقال : نعم، كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة " [1].

* عن ابن عباس -رضي الله عنهما - قال :" احتجم النبي -صلى الله عليه وسلم -وأعطى الحجّام أجره " [2] .

* عن عائشة- رضي الله عنها- قالت : " واستأجر النبي- صلى الله عليه وسلم- وأبو بكر رجلاً من بني الديل ثم من بني عبد بن عدي هادياً خِرّيتاً[3]، قد غمس يمين حلف في آل العاص بن وائل ، وهو على دين كفار قريش ، فأمِناه ، فدفعا إليه راحلتيهما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا ، وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديليُّ فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل " [4] .

* قال أنس بن مالك -رضي الله عنه- : " إن خياطاً دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعه ، قال أنس بن مالك: فذهبت مع الرسول- صلى الله عليه وسلم- إلى ذلك الطعام ، فقرّب إلى رسول الله- صلى الله عليه وسلم- خبزاً ومرقاً فيه دُبّاءٌ وقديدٌ ،

---

(1) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ،باب رعي الغنم على قراريط برقم (2262) ،العسقلاني:فتح الباري (556/4)

(2) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ، باب خراج الحجّام برقم (2278) ، المرجع السابق (4/ 578) .

(3) الخريت : الماهر بالدلالة ، كأنه ينظر في خرت الإبرة وإنما سمي خريتا ، لشقه المفازة . انظر ابن منظور : لسان العرب 2/ 30 .

(4) أخرجه البخاري ، كتاب الإجارة ، باب استئجار المشركين عند الضرورة ، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام . برقم (2263) ،انظر : ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري . (4/ 557) .

فرأيت النبي صلى الله عليه وسلم يتتبّع الدُّباء من حوالي القصعة ، قال فلم أزل أحب الدباء من يومئذ " [1].

* عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " كان زكريا نجاراً " [2] .

قال الإمام النووي[3] -رحمه الله- :" فيه جواز الصنائع" .

*عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال : " جاءت امرأة ببردة ، قال : أتدرون ما البردة ؟ فقيل له : نعم هي الشملة منسوجة في حاشيتها – قالت : يا رسول الله ، إني نسجت هذي بيدي أكسوكها ،فأخذها النبي صلى الله عليه وسلم وهو محتاج إليها ،فخرج إلينا وإنها إزاره ،فقال رجل من القوم : يا رسول الله ، اكسنيها ، فقال : نعم ، فجلس النبي صلى الله عليه وسلم في المجلس ، ثمّ رَجَعَ فطواها ثُمّ أرسل بها إليه ، فقال له القوم : ما أحسنت ، سألتها إياه ،لقد عرفت أنه لا يردّ سائلاً ، فقال الرجل : والله ما سألتها إلا لتكون كفني يوم أموت . قال سهل : فكانت كفنه " [4] .

وجه الاستدلال بالأحاديث :

الأعمال الواردة في القسم الأول من الأحاديث يلتزم بها الصانع – أو المقاول – بتقديم العمل والمادة معاً وهي عقود استصناع ، أما الأعمال التي ذكرت في القسم الثاني من الأحاديث الشريفة فيلتزم العامل بتقديم عمله فقط وهي من قبيل الأجير المشترك ، كرعي الأغنام ، والحجامة والهداية إلى الطريق ، والتجارة والخياطة والنسيج ، ويقاس عليها

---

[1] أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب الخياط برقم (2092) ، وأخرجه مسلم أيضاً في كتاب الأطعمة ، باب جواز أكل المرق ، واستحباب أكل اليقطين برقم (5293) ، انظر النووي ، يحيى بن شرف : صحيح مسلم بشرح الإمام النووي ، ط2 . بيروت : دار المعرفة 1995م .(7/ 221) .

[2] أخرجه مسلم : كتاب الفضائل ، باب فضائل زكريا عليه السلام برقم (6112) ، انظر :النووي :صحيح مسلم بشرح النووي (8/ 133) .

[3] النووي ،يحيى بن شرف بن مري الحوراني الشافعي، أبو زكريا ، محي الدين ، ولد سنة 631 هـ بنوى (من قرى حوران) بسوريا واليها نسبته " ختم حفظ القرآن ولم يناهز الحلم ، ثم قدم دمشق ، وأخذ العلم من فقهائها ومحدثيها ، من كتبه تعذيب الأسماء واللغات ، ومنهاج الطالبين ورياض الصالحين و " روضة الطالبين " ، توفي في نوى سنة 670 هـ . انظر ابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . (3/ 354-356) والسوكي ، عبد الوهاب: طبقات الشافعية الكبرى , تحقيق مصطفى عبد القادر . ط1 . بيروت . دار الكتب العلمية 1999م .(4/ 471 -473) .

[4] أخرجه البخاري : كتاب البيوع ، باب النسّاج ، برقم (2093)، انظر ابن حجر : فتح الباري .(4/ 399-400)

بقية المهن والصنائع ، وهذه عقود مقاولة ، فمقومات عقد المقاولة متوفرة في هذه التصرفات ، فهي عقود واردة على العمل ، ويقوم بها العامل بإدارته الخاصة مقابل بدل متفق عليه .

قد أخذت هذه الأعمال اليوم شكلاً أوسع مما كانت عليه بكثير ، لتلبي حاجات الناس ومستجداتهم التي يهدف الإسلام إلى مراعاتها وتحقيقها ، فأقيمت المصانع الضخمة والشركات كبرى والمستشفيات المتطورة ، وأبرمت عقود التوريد والتعهدات لتسويق ما تنتجه تلك المصانع الضخمة والشركات لمن يطلبها بشكل دائم ودوري .

وتعد الحجامة أصلاً لإباحة التأمين مع المستشفيات والمراكز العلاجية ، والهداية إلى الطريق أصلاً لإباحة العقود التي تبرمها الدول مع الشركات المتخصصة للتنقيب عن النفط والمعادن والماء وغيرها .

3- الأحاديث الشريفة التي تبيح عقد السلم : ومنها :

* عن ابن عباس -رضي الله عنهما - قال :" قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون في الثمر العام و العامين ، أو قال عامين أو ثلاثة ، شكّ إسماعيل فقال : من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزنٍ معلوم . [1]

وجه الاستدلال بالحديث الشريف : -

يعدّ عقد السّلم في وقتنا الحاضر صورة من صور عقد التوريد ، الذي يتعهد به أحد طرفيه بتوريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن يدفع معجلاً أو على أقساط بحسب الاتفاق ، فتتوافر في عقد التوريد مقومات عقد المقاولة السالفة الذكر ، وبهذا يعد نوعاً من أنواع المقاولات ، و تكون أحاديث السّلم أدلة على مشروعية عقد المقاولة [1].

المطلب الثالث : المعقول :

---

[1] أخرجه مسلم ، كتاب السّلم ، باب السّلم في كيل معلوم ، انظر: النووي : صحيح مسلم بشرح النووي . (4/ 538) .

(1) أبو البصل ، علي عبد الأحمد : عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني (ص 66) .

بعد الحديث عن أهمية عقد المقاولة ، وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية في المبحث الأول من هذا الفصل ، والذي يعد دليلاً واضحاً على معقولية عقد المقاولة ، تشتد حاجة الأفراد والمجتمعات إليه ، الأمر الذي يستدعي الرجوع إليه ، ومن المهم هنا أن أنقل بعض ما جاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ، الذي بحث عقد المقاولة في دورته الرابعة عشرة في دولة قطر لأزيد الأمر إيضاحاً ، ومما جاء فيه .[(2)]

" وبعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير : حقيقته ، وتكييفه ، وصوره ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ومراعاة أدلة الشرع وقواعده ومقاصده ، ورعاية المصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي :

عقد المقاولة – عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر – وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة – وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع – أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة الواردة على العمل " .

---

(2) مجلة مجمع الفقه الاسلامي . بجدة ، الدورة الرابعة عشر 2003م .

الفصل الثالث

مقومات عقد المقاولة

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : صيغة العقد وشروطها

المبحث الثاني : العاقدان (طرفا العقد)

المبحث الثالث : المحل

المبحث الرابع : البدل

المبحث الخامس : الباعث

الفصل الثالث

مقومات عقد المقاولة

لا بد لكل تصرف من التصرفات الشرعية أو القانونية ، من مقومات يتوقف وجـوده عليها ، وتحدد بها طبيعته وتميزه عن غيره ، وتكون مناطاً للحكم على وجوده وصـحته ، أو على انعدامه وبطلانه ، وتسمى هذه العناصر الأساسية أركاناً [1].

وقد درج كثير من الفقهاء على حصر أركان العقد في الصيغة والعاقدين والمحل [2]،

وجرى علماء القانون على اعتبار الباعث الذي يطلقون عليه " السبب " ركنـاً فـي العقد [3]، ويلاحظ أنهم يخلطون فيما يبدو بين الباعث وشرائط المحل ،ويعدّون العقد باطلاً إذا كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الأدب ، كأن يتفق طرفان على سرقة أو جريمة قتـل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط محل العقد ، بـأن يكـون محله مشروعاً ، والجرائم ليست محلاً للالتزام التعاقدي أصلاً .

وأما الباعث فيقصد به الدافع أو العنصر النفسي الذي يحمل المتعاقد أو كليهمـا علـى تحقيق غرض غير مباشر ، فضلاً عن الغرض الأصـلي للتصـرف [4]، وذلـك باتخـاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع ،مع كون العقد في ذاتـه صحيحاً مستكملاً لشرائط الانعقاد والصحة .

والباعث بهذا المعنى ليس ركناً في العقد ، بل هو شرط انعقاد أو شرط صحة ، فيـؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده فيكون باطلاً ، أو فاسداً .

ويستلزم عقد المقاولة عدة أركان،وهي ذات الأركان التي يجب توافرها في سائر

العقود ،وفيما يلي دراسة لهذه الأركان في المباحث الآتية وهي :

---

[1] اطلاق مقومات العقد على تلك العناصر التي يتوقف وجوده عليها بدلاً من أركان العقد وذلـك تلافيـاً للخـلاف بـين المذاهب الفقهية ، فالحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من الماهية بحيث لا تتحقق إلا به ، والعقد لا ركن لـه بهـذا المعنى إلا التراضي أو " صيغة العقد " وما عدا ذلك فلوازم للعقد لا يتصور قيامه إلا بتوفرها وهي خارجة عـن ماهيـة العقد ، أما جمهور الفقهاء فيطلقون الركن على ما هو أعم من الجزء الداخل في ماهية الشيء ، بحيث لا تتحقق ذاتيته إلا به ، مما هو خارج عن ماهيته . انظر : الشربيني : مغني المحتاج (2/ 323) والخرشي: حاشية الخرشي (5/ 261) ، وابن عابدين : رد المحتار (7/ 14) و البهوتي : كشاف القنـاع (7/ 146) ، ود. الـدريني : النظريـات الفقهيـة (ص289)

[2] المراجع السابقة ، وابن جزيّ: القوانين الفقهية . (ص 163) .

[3] الشهاوي ، قدري : عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن .(ص 79) ود. السنهوري : الوسيط .(7/ 36) .

[4] الدريني : النظريات الفقهية .(ص 290-292)،ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (4/ 32-33)

أولاً: الصيغة

ثانياً : العاقدان

ثالثاً : المعقود عليه ويشمل المحل والبدل

رابعاً : الباعث أو " السبب "

المبحث الأول

صيغة العقد ، وشروطها

المبحث الأول

صيغة العقد ،وشروطها

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قبل أن تعرفه أوروبا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ بان يتم العقد وينتج آثاره بمجرد التراضي بين الطــرفين دون توقف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية ، ولقد ثبــت ذلــك بالكتــاب الكــريم والسنةالنبوية ،فقال تعالى : " " **يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** " [1] ويؤكد هذا القول قوله صلى الله عليــه وســلم : " إنما البيع عن تراضٍ " [2]

وجه الاستدلال : هذان النصان يدلان على أن الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو رضا صاحب المال ، إذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة ، ويشــمل ذلــك ســائر العقود والمعاملات [3] ، غير أن الرّضا أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه، فأناط الشــارع حكم العقد بما يقوم مقام هذا العنصر الخفي وهو " الصيغة " لكونها أمراً مادياً محسوســاً، يمكن إثباته أمام القضاء عند النزاع ، فالصيغة هي ما يصدر عن العاقدين مــن الإيجــاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية ، فهي علامة نشــوء العقد وقيامه [4] ، مع ضرورة مراعاة شرائط الانعقاد اللازمة لصــحة العقــد كالأهليــة للمتعاقدين وغيرها . ويؤخذ على القوانين المدنية الوضعية بما فيها مشروع القانون المدني الفلسطيني التي عبرت عن التراضي بالعقد بأنه مجرد تبادل طرفي التعبير عــن ارادتــين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده [5].

والصحيح ليس تطابق الإرادتين ،وإنما تطابق الإيجاب والقبول _كقاعــدة عامــة _ عــن الإرادة الباطنة

شروط الصيغة :

---

[1] سورة النساء ، الآية (29) .

[2] ابن ماجة ، محمد بن يزيد القزويني : سنن ابن ماجة ، كتاب التجارات ، باب بيــع الخيــار بــرقم (2186) ط1. بيروت : دار الجيل 1998م (3/ 538)

[3] انظر: القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (3/ 132-133) .

[4] الزرقاء، مصطفى : المدخل الفقهي العام .(1/ 318-319) ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلتــه .(4/ 105) ، ود. الدريني ، فتحي : النظريات الفقهية .(ص293) .

[5] مشروع القانون المدني الفلسطيني : وزارة العدل .(ص11) المادة (77) .

لهذه الصيغة شروط لا ينعقد العقد إلا بتوافرها ؛ لأنها شروط انعقاد أو عناصر تكوين وهذه الشروط هي :

أولاً : جلاء المعنى في صيغة العقد :[1]

أي أن تكون مادة اللفظ المستعمل في الإيجاب والقبول تدل بوضوح على نوع العقد المقصود للعاقدين لغة أو عرفاً ، فالإرادة الباطنة خفية ، والعقود تختلف في مواضيعها بعضها عن بعض .

ويصح التعبير للدلالة على العقد المقصود بدلالة اللفظ الحقيقية أو المجازية ، وفي ألفاظ الكنايات لا بد من قرينة ترجح المعنى المقصود ، فينعقد البيع بلفظ الهبة المقرونة بالثمن [2].

ولا يشترط في عقد المقاولة في صيغة الإيجاب والقبول لفظ معين ، ولكنهما يصحان بلفظ المقاولة والإجارة والاستصناع ، وبكل ما في معناه من الألفاظ الأخرى للقاعدة الفقهية التي تقول " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني " [3]

ثانياً : توافق الإيجاب والقبول :

وهو أن يأتي القبول موافقا للإيجاب في كل جزيئاته ، كمحل العقد ، وفي مقدار ثمنه ، وفي الأجل إن وجد[4] ، فيجب في عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المقاول

وصاحب العمل على ماهية العمل فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد مقاولة ، بينما اتجهت نية الطرف الآخر إلى إبرام عقد وكالة مثلاً، فإنه لا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة، ولا عقد وكالة ، ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته من المقاول تجاه

---

[1] الزرقاء: المدخل الفقهي العام (1/ 319 ، 320)، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (4/ 104 ، 105)

[2] ابن عابدين : حاشية رد المحتار (8/ 488) البهوتي : كشاف القناع (3/ 146) .

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 23) ،د. الكردي ، أحمد الحجي : فقه المعاوضات (ص185) ، ود. أبو البصل ، علي : عقد المقاولة والتوريد (ص 81) .

(5) الشربيني : مغني المحتاج (2/ 331) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 15) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/ 146) ،والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 259) ، والميداني : اللباب في شرح الكتاب (2/ 4)

صاحب العمل ، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل للمقاول [1]، وإذا لم يعين البدل في العقد ، استحق المقاول بدل المثل، ولم تكن المقاولة باطلة ، بحسب ما جاء في مواد التشريعات المدنية الوضعية [2] ،وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي ، حيث يشترط تعيين البدل في العقد ، وفي حالة الجهالة يفسد العقد ويثبت أجر المثل [3] .

ويجوز أن يتم التعبير عن التراضي ضمناً [4]، كأن يقول صاحب العمل للمقاول : قاولتك ببناء الجدار مقابل مئة دينار ، فيقول المقاول : قبلت بخمسين ديناراً ، لأن هذا يتضمن القبول بالخمسين من باب أولى ، فينعقد العقد بخمسين و لا تجب الزيادة إلا إذا قبلها الموجب .

وقد ينص القانون على وجوب التعبير الصريح أحياناً ،أو يتفق الطرفان على أن يكون الإيجاب والقبول صريحاً [5] .

والإيجاب ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول ما يذكر ثانياً،هذا عند الحنفية [6]

خلافاً للجمهور [7] الذين قالوا إن الإيجاب ما يصدر من البائع ، وهذا ما قررته المادة (1/91) من القانون المدني الأردني [8] ، والمادة (78) من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي تنص على : " أن الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول " [1] .

---

(1) انظر : د. السنهوري : الوسيط (7/ 37) ، وعنبر ، عبد الرحيم : الوجيز في عقد المقاولة (ص 61 –63) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 82 –83) ، ود. شنب، محمد لبيب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص 58 –63) ، ود. السرحان ، عدنان : شرح القانون المدني الأردني (ص 19 –20) ود. الشهاوي ، قدري : عقد المقاولة . (ص50)

[2] المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، المادة (796) (2/ 585) ، ود. السنهوري : الوسيط، المادة (659) (7/ 38) ومشروع القانون المدني الفلسطيني : وزارة العدل . المادة (88) (ص 125) .

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 15) ، وابن جزيّ : القوانيين الفقهية (ص 163) ، والكاساني : البدائع (5/ 137) .

[4] الشربيني : مغني المحتاج (2/ 332)، وابن عابدين :حاشية رد المحتار .(7/ 15) .

[5] د. الزحيلي ، محمد : العقود المسماة ، المادة(93) من القانون المدني السوري (ص 73) ، مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (2/79) (ص 11) .

[6] الميداني : اللباب (3/2)، وابن عابدين : رد المحتار (7/ 17) .

[7]البهوتي : كشاف القناع(3/ 146)، والشربيني : مغني المحتاج(2/ 323)،والخرشي:حاشية الخرشي (5/ 262) .

[8] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 97) .

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص11) .

ثالثاً : أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع :

لتعذر ظهور الإرادة الباطنة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها ، وهو الإيجاب والقبول، ولضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مظنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة،اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع[2] ، ليدلا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة .

ويرجح الفقهاء في الإيجاب والقبول صيغة الفعل الماضي[3] ، لأنها أدل على الإرادة الجازمة في إنشاء العقد ، حال التكلم ، فينعقد بها العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة كأن يقول صاحب العمل : قاولتك ،فيقول المقاول : قبلت .

على أن صيغة الماضي ليست بشرط ، فلو عبّر المتعاقدان بصيغة المضارع ، وتوافرت النية أو قامت القرينة على إرادة إنشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها أيضاً ، لأن لفظ المضارع يحتمل الحاضر ويحتمل المستقبل ، ففيه احتمال الوعد والمساومة ،فكان لا بد من النية لتعيين المراد بالحال ، كأن يقول صاحب العمل: أقاول لك هذا العمل ، فيقول المقاول : قبلت ، فإنه ينعقد إذا نويا عقد المقاولة .

ومن القرائن الملابسة ،التي تدل على ترجيح إرادة الإنشاء في الحال ،كقول صاحب العمل للمقاول : أقاولك الآن ،أو كانا في وضع يد ل على المقاولة ، كأن يكونا في موقع عمل ، أو متقابضين بالأيدي ، أما إذا اقترن بصيغة المضارع ما يدل على الاستقبال، كحرف السين وسوف ،فإنه لا يصح العقد به ولو مع النية ، لأنه يدل على عدم إرادة الحال ، مثل : سأقاولك، أو سأعمل لك، أو سوف أقاولك .

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل كأن يقول المقاول: قاولني هذا العمل بألف ، فيقول صاحب العمل : قبلت ، فلا ينعقد العقد عند الحنفية [1]؛ لأن صيغة الأمر تحتمل الدلالة على إرادة المساومة أو الوعد .

---

[2] انظر : ابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 24) ،والشربيني : مغني المحتاج (2/ 328) ،والميداني : اللباب (2/ 3) ، والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 263 ، 264) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/ 147) .

[3] نفس المراجع السابقة ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 170) ، والكاساني : البدائع (5/ 132) .

[1] الكاساني : البدائع (5/ 132) ، وابن عابدين : رد المحتار (7/ 24) .

وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية [2] : إن لفظ الأمر يصح به العقد ؛ لأن العرف جرى على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع ، فينعقد بها العقد .

وإذا صدر من الموجب الأول ما يدل على رضاه بالعقد بعد قبول القابل ، فإنه يصح العقد بالاتفاق [3] ، ومثاله أن يقول صاحب العمل للمقاول اعمل لي بيتاً بألف ، فيقول المقاول قبلت ، فيقول صاحب العمل: قاولتك ، فيكون القبول الأول من المقاول إيجاباً، والرضا الأخير قبولاً .

والنطق بالإيجاب والقبول إنما يختص بالقادر على الكلام ، أما العاجز عنه كالأخرس فإشارته أو كتابته تحل محل عبارته ضرورة تصحيح تصرفاته، ويشترط أن تكون الإشارة مفهومة معلومة لدى المتعاقدين ، وهذا باتفاق الفقهاء [4] ، إلا أن المالكية[5] والحنابلة [6] لا يشترطون أن تكون الإشارة من الأخرس ، بل ينعقد العقد عندهم بأي شيء يدل على الرضا عرفاً من قول أو فعل أو إشارة .

ويصح التعاقد بالكتابة ؛ لأنها كالمشافهة والنطق في الحكم ،من حيث كونهما مظهراً للإرادة ،فتصح بين ناطقين أو عاجزين عن النطق ، حاضرين في مجلس واحد أو غائبين، وعليه نصت القاعدة الفقهية : (الكتاب كالخطاب) [1]وهذا رأي الحنفية[2] والمالكية [3]، وقيد الشافعية[4] والحنابلة[5] صحة التعاقد بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان

---

[2] الشربيني : مغني المحتاج (2/ 328) ، والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 263) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/ 147) وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 170) .

[3] الشربيني : مغني المحتاج . (2/ 328) ، والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 263) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/ 147) و الزرقاء : المدخل الفقهي العام (1/ 324–325) ، ود . الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته (333/5) ، ود. الكردي : أحمد الحجي : فقه المعاوضات (ص 184 – 185) .

[4] البهوتي : كشاف القناع (3/ 148) ، و الشربيني : مغني المحتاج (2/ 326–332) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 26–27) ، والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 264) ، والكاساني : البدائع (5/ 135) .

[5] الخرشي : حاشية الخرشي (5/ 264)

[6] البهوتي : كشاف القناع (3/ 148)

[1] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، والمادة (69) ، (61/1)

[2] ابن عابدين : رد المحتار (7/ 27) ، والكاساني : البدائع (540/6)

[3] الخرشي : حاشية الخرشي (5/ 264) .

[4] الشربيني : مغني المحتاج (2/ 332) .

[5] البهوتي : كشاف القناع (3/ 148)

غائبين ويصح عند الجمهور[6]، ما عدا الشافعية [7] ،المبادلة الفعلية الدالة على التراضـــي في القليل والكثير ، وهو ما ذهب إليه كل من القانون المدني الأردني في المادة (93)[8] وتماثلها المادة (79/ 1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني[9] وغيرها من التشريعات المدنية [10] .وتنص المادة (79/ 1) من القانون المدني الفلسطيني على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً ، أو باتخـــاذ موقــف لا تــدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة مقصودة " .

رابعاً : اتصال القبول بالإيجاب :

والمقصود بالاتصال أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحــد ، إن كـــان الطرفـــان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين ، ويكــون كــل منهما مشتغلاً بالتعاقد [11].

فلو أوجب صاحب العمل ثم استدار الحديث عن المقاولة إلى غيره ، أو قام بفعل يفيــد الإعراض ، كالمشي الدال على الإعراض ، أو الاشتغال بالأكل ، أو الصلاة ، ثم قبل المقاول لم يصح وإن قصر الزمن ، فإذا استمر الحديث عن المقاولة طويلاً ، ثم قبل في النهاية صـــح ،مهما طال الزمن ، ليتسنى له أن يتروى بالأمر ويوازن بين ما يعطي وما يأخذ .

ولصاحب العمل هنا أن يرجع عن إيجابه قبل قبول المقاول ، فإن قبل المقاول انعقد عقد المقاولة ،فالمقاول مخير ما لم يقبل أو يرجع صاحب العمل عن إيجابه ، فان قبـــل انعقــد العقد ولزم ، وهذا عند الحنفية[1] والمالكية [2] ؛ لأن المقاولة عقد معاوضة ، يلزم بمجرد تمام لفظ المقاولة أو ما يدل عليها ، ولا يحتاج إلى خيار مجلس ، والقول بخيار المجلـــس

---

(6) نفس المراجع السابقة ، والخرشي : حاشية الخرشي (5/ 261) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 27) .

(7) الشربيني : مغنى المحتاج (2/ 325)

(8) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 100) .

(9) مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص11)

(10) القانون المدني السوري المادة (93) انظر : د. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته (4/ 2938) .

(11) الشربيني: مغني المحتاج (2/ 329 –330) ، والبهوتي : كشاف القنـــاع (3/ 147–149) ، وابـــن جـــزيّ : القوانين الفقهية (ص180) وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 26–28) ود. الزحيلي ،وهبة : العقـــود المســـماة (ص 16–17) ود. الدريني : النظريات الفقهية (ص325 –326) ود. الكردي : فقه المعاوضات (ص187) .

(2) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 26–28) ، والميداني : اللباب (2/ 4) ، والكاساني : البدائع (530/6)

(3) ابن جزيّ : القوانين الفقهية (ص180) و ابن رشد : بداية المجتهد (2/ 170) .

يضعف القوة الملزمة للعقد ، وحديث " البيعان بالخيار ما لم يتفرقـا" [3] المقصـود فيـه التفرق بالأقوال .

أما الشافعية [4] والحنابلة [5] فقالوا: إنه إذا اتصل الإيجاب بالقبول في مجلس العقـد ، وكان القبول عقب الإيجاب مباشرة ،صح العقد ولكنه غير لازم ، ويكون لصاحب العمل أو المقاول فسخ العقد أو إمضاؤه ما داما مجتمعين لم يتفرقا عن مقامهما الذي تفاوضا فيـه ، وهذا هو خيار المجلس الثابت بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " البيعان بالخيـار ما لم يتفرقا "[6] والمراد به التفرق بالأبدان .

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة : [1]

هذا إذا كانت المقاولة بين حاضرين ، فإذا كانت بين غائبين ، فـإن التعاقـد لا يـتم إلا بواسطة ما ، فقد تكون عن طريق المكاتبة أو إرسال رسول ، أو البرقية ، أو الهـاتف أو التلكس أو الفاكس وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة ، فمجلس العقد بالنسبة إليهما هـو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية أو الرسالة أو بما يبلغه الرسول ، أو المكالمة الهاتفيـة من إيجاب ، فإن صدر القبول انعقد العقد ، وإن أعرض من وجّه إليه الإيجاب صراحة أو دلالة لم يصح العقد ، ولا ينعقد أيضاً برجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول .

ويشترط لصحة العقد بقاء الإيجاب قائماً حتى صدور القبول ، فإذا مات أحد العاقدين أو زالت أهليته بجنون ونحوه قبل القبول بطل الإيجاب ، فإذا صدر من الطرف الآخر قبـول بعد ذلك فلا ينعقد العقد [2].

---

[4] أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا برقم (2110) ، انظر : ابن حجر : فتح الباري (4/ 412) . أخرجه مسلم ، كتاب باب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للبائعين ، برقم (3831) . انظر: النـووي : صحيح مسلم بشرح النووي (10 / 413).

[5] الشربيني : مغني المحتاج .(2/ 329 –330) .

[6] البهوتي : كشاف القناع .(3/ 147–149) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (1/ 356) .

[1] سبق تخريجه (ص 95) .

[1] ابن عابدين : حاشية رد المحتار (6/7 2) ، والكاساني : البدائع (5/ 137) ، والزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلتـه (2950/4)، والدريني : النظريات الفقهية (ص 330 – 331) .

[2] الكاساني : البدائع (523/6)، والشربيني : مغني المحتاج (2/ 332) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية

و قد أخذ القانون المدني الأردني برأي الحنفية والمالكية بخصوص التعاقد بين الحاضرين ، فقد نصت المادة (96) [3] علىما يلي : " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس ، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب ، وقبل القبول ، أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ، ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك ".

وتنص المادة (97) من القانون المدني السوري [4] وتطابقها المادة (90 / 1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني[5] والمادة (101) من القانون المدني الأردني[6] بخصوص التعاقد بين الغائبين على يلي : " يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول،ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول".

التصميم والمقايسة ودفتر الشروط : [1]

غالباً ما تكون عقود مقاولات البناء الكبيرة مصحوبة بمجموعة من الوثائق التي يحددها الطرفان ، أو يوافقان عليها ، وهي كما يأتي :

1- التصميم : الذي يجري العمل بمقتضاه.
2- المقايسة : وهي بيان مفصل للأعمال الواجب القيام بها ، والمواد الواجب استخدامها في هذه الأعمال ، والأجرة الواجب دفعها عن كل عمل ، وأسعار المواد التي تستخدم .

(ص 333-334)

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 104) .

[4] د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (2945/4)

[5] مشروع القانون المدني الفلسطيني .(ص13) .

[6] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 109) .

[5] انظر : د. السنهوري : الوسيط (7/ 38 -42) ، و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 83 -86) ، ود. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 74 – 76) ، ود. الشهاوي ، قدري : عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن (ص 58 -61) ، ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود المدنية (ص 377) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني الأردني (ص 20- 21) .

3- دفتر الشروط : و يشتمل على شروط عقد المقاولة بالتفصيل ، وكيفية التنفيذ، والمواعيد التي تتم فيها الأعمال المختلفة ، وغير ذلك من الشروط التي وضعها صاحب العمل ووافق عليه المقاول بإبرامه عقد المقاولة .

وكثيراً ما يقوم صاحب العمل بإبرام عقد المقاولة عن طريق المسابقة ، ولا سيما في الأعمال الضخمة ، بأن يدعو عبر الصحف ووسائل الإعلام كل من يريد الدخول في المسابقة لوضع تصميم للعمل ، أو وضع أجور للأعمال المفصلة في عقد المقاولة عن طريق المناقصة .

ويعدّ إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعدّ إيجاباً ، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة ، وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها ، فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً ،

ووجب أن يتصل به قبول رب العمل ، و إلا عوضه عما أصابه من ضرر بسبب عدم التعاقد معه ، والتقدم إلى المناقصة بعطاء يعدّ إيجاباً ، وإرساء المناقصة على من قدم أنسب عطاء يعدّ هو القبول .

ولا يوجد ما يمنع شرعاً من جواز هذه الإجراءات الفنية التي تتطلبها الحاجة إلى تنفيذ المشاريع الضخمة ، كبناء السدود وتعبيد الطرق والمساكن الكبيرة ، ولا ندراجها تحت تحقيق مصالح الناس ، وعدم معارضتها للقواعد العامة الواجب توافرها في العقود .

المبحث الثاني

العاقدان

" طرفا العقد "

المبحث الثاني :

العاقدان : " طرفا العقد "

لا يتصور وجود الإيجاب والقبول اللذين يكونان ركن العقد من غير عاقد ، فالعاقد من مقومات العقد الأساسية ، وليس كل متعاقد صالحا لإبرام العقود ، فبعض النّاس لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد ، وبعضهم يصح منه إبرام بعض العقود ، ومنهم من يصلح لكل عقد ، وكل ذلك يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين .

الشروط الواجبة في طرفي عقد المقاولة هي :

أولاً : الأهلية : يشترط في عقد المقاولة أن يكون كل من المقاول وصاحب العمل متمتعاً بالأهلية الكافية لإبرام العقد ، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به، والسبب في اعتبار أهلية الأداء كممارسة عقد المقاولة ؛ لأنه من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، فهو من عقود المعاوضات الذي يرتب التزامات على كلا الطرفين ، فصاحب العمل يلزم بدفع البدل ، والمقاول يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها ، أو عمله فقط ، فكل منهما معرض للربح والخسارة [1]، فيشترط في كل من المقاول وصاحب العمل الأهلية الكاملة ، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة [2] ,

وبذلك قال الحنفية [1]والمالكية [2] والحنابلة [3]، فلا ينعقد تصرف الصبي غير المميز ، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره ، ولا الإنسان الذي يكون في حالة جنون أو

---

[1] انظر : د. الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته (5/ 3317 –3318) ، ود. الكردي: فقه المعاوضات (ص 182 – 183) ، ود. شنب : شرح أحكام عقد المقاولة (ص 80 وما بعدها) ،ود. السنهوري : الوسيط (7/ 48–49) ، ود. الزحيلي، محمد : العقود المسماة (81/78) ، و قرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة . (ص 89/88) .

[2] تمر أهلية الأداء في ثلاث مراحل ، وهي مراحل تطور عقل الإنسان ، الأولى : حالة فقدان الأهلية ، وتكون تصرفات الإنسان في هذه الحالة باطلة وعباراته لاغية وهما الصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره ، والمجنون ، والثانية : حالة نقصان أهلية الأداء ، كالصبي المميز الذي يبلغ سبع سنوات ، والسفيه والمغفل والمعتوه ، فتجوز تصرفات هؤلاء في حدود ما ثبت لهم من أهلية ، وتكون تصرفاتهم موقوفة على إجازة الولي في سائر المعاوضات ، والثالثة : حالة اكتمال الأهلية ، وتتحقق شرعاً بالبلوغ الذي يتم غالباً في الرابعة عشرة من العمر ، وتكتمل الأهلية في القانون المدني الأردني ببلوغ سن الرشد وهو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة ونصت على ذلك المادة (43) .
انظر : د. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني ، النظرية العامة للعقد .(ص 89–95) ، د. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته . (4/ 2964–2965) ، والزرقاء: المدخل الفقهي العام (2/ 800) ، وحيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (المواد من 943–947) (والمواد من 978 – 988) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (63/1 وما بعدها)

[1] ابن عابدين : حاشية رد المحتار .(14/7) ، والكاساني : البدائع (533/6) .

إغماء أو نوم ، وإذا أبرم أحدهم عقداً من العقود بما فيها المقاولة ، يقع باطلا ًولا يصح ولا تؤثر فيه إجازة الولي اللاحقة .

أما الصبي المميز ،والسفيه[4] ، والمغفل [5] ، والمعتوه [6]الذين يعرفون عقد المقاولة وما يترتب عليه من أثر، ويدركون مقاصد العقلاء من الكلام ويحسنون الإجابة عنها ، فيصح منهم إبرام عقد المقاولة وينعقد ، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة الولي اللاحقة .

يقول الخرشي[7] من المالكية : " إن شرط صحة عاقد البيع وهو البائع والمشتري التمييز وهو إذا كلّم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه ، فلا ينعقد من غير مميز لصبا أو جنون أو إغماء منهما أو من أحدهما " [8].

وقال الشافعية : لا ينعقد عقد الصبي المميز ، فهو باطل ولا يقبل الإجازة اللاحقة من الولي ، لاشتراطهم البلوغ لانعقاد العقد.

ويقول الخطيب الشربيني : " (وشرط العاقد) بائعاً أو مشترياً (الرشد) وهو أن يتصف بالبلوغ والصلاح لدينه وماله ، فلا يصح من صبي وإن قصد اختباره ، ولا من مجنون،ولا من محجور عليه لسفه " [9].

وقد أخذ القانون المدني الأردني[1]،والقانون المدني الإماراتي[2] ، ومشروع القانون المدني الفلسطيني[3]،وغيرها من التشريعات المدنية[4]بما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة .

---

[2]الخرشي : حاشية الخرشي (5/ 266) ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 172) ، وابن جـزيّ : القوانين الفقهية (ص163) .

[3] البهوتي : كشاف القناع (3/ 151) ، وابن النجار : منتهى الإ0رادات (1/ 339) .

[4] السفيه الذي يبذر أمواله وينفقها في غير موضعها ، وإذا عرض كلامه على العقلاء حكموا عليه بعدم الاتزان .

[5]المغفل : وهو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف ، فلا يعرف التصرف الرابح من الخاسر .

[6]العته : ضعف في العقل ينشأ عن ضعف في الإدراك والوعي ، انظر : المواد (945 –946) حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (586/2) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 90 – 91) .

[7] الخرشي ، محمد بن عبد الله الخرشي : شيخ المالكية أخذ عن والده والبرهان اللقاني وأخذ عنه علي النووي ، له تصانيف منها ، " الدرر المسنة على حل ألفاظ الأجرمية "، " وشرح مختصر خليل . انظر : ابن قاسم مخلوف : شجرة النور الزكية .

[8] الخرشي : حاشية الخرشي (5/ 266) .

[9] الشربيني : مغني المحتاج (2/ 332) .

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (63/1 وما بعدها) .

[2] د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص18) .

وجاء في المادة (44) من القانون المدني الأردني ما يلي :[5]

1- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .
2- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

وتماثلها المادة (105) من مشروع القانون المدني الفلسطيني ، ونصت علـــى أنّـــه " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ،وتكون جميع تصرفاته باطلة " [6]

وجاء في المادة (45) من القانون المدني الأردني ما نصه [7]:

" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون "

وتنص المادة (106) من مشروع القانون المدني الفلسطيني [8] ، والتي تطابقهـــا فـــي الحكم المادة (118) من القانون المدني الأردني [9]والمادة (159) من القانون المدني الإماراتي[10] على أن :

1- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً .
2- تصرفات المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة الولي أو الوصي أو القيم، أو بإجازتهـــا مـــن المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد ، أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقـــانون "

---

(3) مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص15) المواد من (104 -107) .
(4) د. الزحيلي ، محمد : القانون المدني السوري المقارن بالفقه الإسلامي (ص 78-81) المواد من (46 – 50) .
(5) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 63) .
(6) مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص 15) .
(7) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 63) .
(8) مشروع القانون المدني الفلسطيني . (ص 15) .
(9) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (135/1) .
(10) د. الزحيلي ، وهبة : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص 18) .

وهي مطابقة للمواد (966، 967 ، 978، 979، 985) من مجلة الأحكام العدلية [1].

ثانياُ : أن يكون العاقد متعدداً [2]:

والمراد به أن يكون المقاول غير صاحب العمل ، فلو كان المقاول هو صاحب العمل لم ينعقد العقد ووقع باطلاً ، ولا ينعقد عقد المقاولة بوكيل عن جانبين ، أو رسول من طرفين ، وسواء في ذلك أكان العاقد أصيلاً عن نفسه في تقديم العمل والمادة أم العمل فقط ووكيلاً عن صاحب العمل ، فيكون كالوكيل يشتري مال نفسه لموكله ، أم كان وكيلاً عن غيره في تقديم المادة والعمل أو العمل فقط أصيلاً عن صاحب العمل ، كالوكيل بالبيع يبيع مال موكله لنفسه ، لأن للمقاولة حقوقا ًمتضادة مثل التسليم والتسلم ، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمان واحد مُسّلماً ومُتسلّما ً، وطالِبا ًومُطالَباً ، وهذا لا يجوز لما يضيعه من حقوق .

هذه هي الشرائط العامّة لكل عقود المعاوضات ، بما فيها المقاولة ، ولم تذكر القوانين المدنية المعمول بها حالياً شروطاً أخرى خاصة للعاقدين ، فعقود المقاولات مختلفة في أشكالها وطبيعة عملها ، فقد يضع صاحب العمل ، فرداً كان أو شركة أو مؤسسة أو حتى الدولة، شروطاً يراها من مصلحته ، كضمان لحسن الأداء والتنفيذ ، وفي ضوئها يتعاقد مع المقاول الذي تحققت فيه تلك الشروط ، ومنها خبرة المقاول وكفاءته ، وبيان للمشاريع التي نفذها ، وأن يملك معدات ووسائل تمكنه من القيام بالعمل الذي يتعهد به .

---

[1] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (605/2-632)

[2] المرجع السابق (ص 19) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 14) ، والكاساني : البدائع (536/6)، ود. الكردي: فقه المعاوضات (ص 182 ، 183) ، ود. أبو البصل : علي :عقد المقاولة والتوريد (ص 87 -88) .

المبحث الثالث

المحل

وفيه أربعة مطالب لبيان شروطه :

المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً

المطلب الثاني : أن يكون العمل مشروعا ً

المطلب الثالث : أن يكون العمل معينا ًأو قابلاً للتعيين

المطلب الرابع: أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد

المبحث الثالث

المحل

محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد ، ويظهر أثر العقد فيه ، وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء للعقد، من أنه " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، يظهر أثره في محله "[1]، فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه ، والمقصود من العقود آثارها .

وتختلف طبيعة المحل بحسب أنواع العقود ، ففي عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مالية [2] ، وفي عقدي الإجارة والإعارة محلها المنفعة ، وفي عقد المزراعة و والاستصناع محلها العمل .

وذكرت التشريعات المدنية الوضعية ما يمكن أن يكون محلاً للعقد، ونصّ بعضها على أنّه : " يجوز أن يكون المحل عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر ، أو عملاً أو امتناعاًعن عمل " [3] ، كالامتناع عن سكنى المنزل الذي اشتراه مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد لصالح البائع [4] .

وعقد المقاولة من العقود الواردة على العمل ، فإما أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً،والعمل الذي يؤديه المقاول يتنوع من مقاولة إلى أخرى تنوعاً كبيراً ، فمن ناحية طبيعة العمل قد يكون العمل غير متصل بشيء، بل هو مجرد عمل، كالنقل و الطبع والنشر ، وقد يكون العمل متصلاً بشيء معين غير موجود ،والغرض من المقاولة إيجاده بمادة من عند المقاول أو صاحب العمل ، وقد يكون العمل متصلاً بشيء موجود ويرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلاً أو يهدمه .

ومن ناحية حجم العمل ، قد تكون المقاولة صغيرة كعمل النجار والحائك وأعمال المهن الحرة ، وقد تكون كبيرة ،كتشييد المباني والجسور والسدود وصناعة الطيارات والسفن والأسلحة وغيرها .

---

[1] الزرقاء : المدخل الفقهي العام .(1/ 291

[2] قد يكون محل عقد البيع من قبيل المنافع ، كحق التأليف ، والعلامات التجارية ، وبراءة الاختراع .

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الفقرة الثانية من المادة (158) (153/1) ، ومشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (138) (ص 19) .

[4] د. الدريني : النظريات الفقهية (ص 353) .

ومن ناحية جنس العمل ، هناك مقاولات البناء ، والتزام المرافق العامة ، وعقد التوريد وعقد الإعلان[1] ،بحيث ينفرد كل منها بخصائص معينة تميزها عن غيرها [2].

والمهم في كل هذه الأعمال أن تتوافر فيها شروط معينة حتى يصبح العقد مقاولة ، وهذه الشروط لم تذكر مفصلة في القانون الوضعي ،بل ذُكر جانب منها ، كما جاء في المادة (782) من القانون المدني الأردني [3] ، ونقلها بالنص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (791) [4]:" يجب في تحقيق عقد المقاولة وصف محله وبيان نوعه وقدره وطريقة أدائه ومدة إنجازه وتحديد ما يقابله من بدل " .

و لتوضيح الشروط الواجب توافرها في محل عقد المقاولة وهو العمل وجب الرجوع إلى القواعد العامة في نظرية العقد في الفقه والقانون. **وقد جعلتها في أربعة مطالب :**

المطلب الأول : أن يكون العمل ممكناً :

يجب أن يكون محل المقاولة مما يمكن القيام به ، وفي مقدور المقاول ، وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً و إضراراً بالآخرين .

وما نصت عليه المادة (141) من مشروع القانون المدني الفلسطيني [5]والمادة (159) من القانون المدني الأردني [6] يتوافق تماماً مع أحكام الفقه الاسلامي ، حيث

جاء فيها : " إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً " .

فاستحالة التسليم تجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء [1]، وفي جميع العقود بما فيها الواردة على العمل كالاستصناع والعمل والمقاولة ، يقول الكاساني : " ومنها – أي شرائط الانعقاد

---

[1] عقد يتعهد بموجبه الناشر أمر معين جائز شرعاً في وسيلة معينة لقاء بدل يتعهد به صاحب الاعلان وخلال مدة معينة . انظر : أبو البصل : عقد المقاولة (ص 111) .

[2] د. السنهوري : الوسيط (7/ 58–59) ، د. السرحان : شرح القانون المدني (ص 19) ، ود. الشهاري ، قدري : عقد المقاولة في التشريع المصري (ص 74) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 96) .

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (2/ 582) .

[4] مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص 123).

[5] المرجع السابق : (ص20) .

[6] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 154) .

– أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنـده لا ينعقـد ، وان كـان مملوكاً كبيع الآبق، في جواب ظاهر الروايات حتى ولو ظهر يحتاج إلى تجديـد الإيجـاب والقبول " [2]

والاستحالة التي تجعل عقد المقاولة عقداً باطلاً هـي الاسـتحالة المطلقـة ، وليسـت الاستحالة النسبية ، والاستحالة المطلقة تعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمـل أي أنـه مستحيل في ذاته .

وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية ، كما لو تم الاتفاق مع أحد الأشـخاص علـى قيامـه بإيجاد دواء قادر على شفاء جميع الأمراض المعروفة في هذا العصر ، فيكون العقد باطلاً؛ لأنه يستحيل من الوجهة العلمية والعقلية إيجاد هذا الدواء .

وقد تكون الاستحالة قانونية ، كمن يتعهد بالطعن في حكم قضائي قـد انقضـت مواعيـد الطعن فيه، فلم يعد بإمكان أحد إعادة النظر فيه ، ولذا لا ينعقد عقد المقاولة .

وقد تكون الاستحالة شرعية ، كأن يكون المقاول عاجزاً عن تسليم المنفعـة حسـاً أو شرعاً [3] كإجارة الحائض لكنس المسجد ،ويقول البهوتي : " – ولا يصح إجارة كـافر لعمل في الحرم ،لأن المنع الشرعي كالحسي ، ولا إجارة لقلع سن سـليمة أو قطـع يـد سليمة ، وكذا سائر الأعضاء – ولا الحائض والنفساء على كنس المسجد في حالة لا تـأمن فيها تلويثه .[1] "

أما الاستحالة النسبية : فتعني أنّ العمل مسـتحيل بالنسـبة لـبعض الأشـخاص دون الآخرين ، كأن يتعهد المقاول بإجراء عملية جراحية لمريض وهو ليس طبيباً ، فهذا العمل

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع : (6/ 568) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار . (15/7) ، والشربيني : مغني المحتاج . (3/ 444) ، والخرشي : حاشية الخرشي . (5/ 281) ، والبهوتي : كشاف القناع . (3/ 162، 564) ، وابن النجار : منتهى الارادات (1/ 342) .

[2] الكاساني : بدائع الصنائع . (6/ 569)

[3] أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 166 – 167) ، ود. السنهوري : الوسيط (7/ 55–56) ، ود الشهاوي ، قدري :عقد المقاولة في التشريع المصري (ص 74) ود. السرحان : شـرح القـانون المدني (26 ، 27) ، ود. الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية (ص 374) ، و قرة ، فتيحة:أحكام عقد المقاولـة (ص 96 ، 97) .

[1] البهوتي : كشاف القناع (3/ 565 ، والشربيني : مغني المحتاج .(448/3) .

مستحيل تنفيذه ولكن في مقدور غيره من ذوي الاختصاص والخبرة ذلك ، وهذه الاستحالة لا تمنع من انعقاد المقاولة ، ويكون المقاول مسؤولاً عن التعويض [2]

المطلب الثاني :أن يكون العمل مشروعاً

يجب في عقد المقاولة أن يكون العمل الذي تعهد به المقاول مما أباحه الشارع ، أما إذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة ، ومنافياً للنظام العام والآداب ، كان عقد المقاولة باطلاً ،وهذا باتفاق فقهاء الشريعة [3] ورجال القانون [4] .

فلا تجوز المقاولة على فعل المعاصي وارتكاب الجرائم كالقتل والسرقة والزنا وتعليم السحر ، وتشييد بيوت الدعارة والقمار ، وتهريب المخدرات والمواد الضارة ، وبيع الأفلام والصور المنافية للأخلاق ، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً ، قال الميداني[5] " لا يجوز الاستئجار على المعاصي ، مثل الغناء والنّوح وكذا سائر الملاهي

، لأنه استئجار على المعصية ، والمعصية لا تستحق بالعقد . [1] "

وقال البهوتي : " – فلا تصح الإجارة على الزنا والزمر والغناء والنياحة لأنها غير مباحة ، ولا إجارة كاتب يكتب ذلك – أي الغناء والنوح وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة أو

---

[2] د. السنهوري : الوسيط (7/ 58) ، د. الفضلي : الوجيز (ص 380) ، د. السرحان : شرح القانون المدني (27) ، أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 167) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 75) .

[3] الكاساني : البدائع (6/ 21) ، والشربيني : مغني المحتاج (3/ 445) ، والخرشي : حاشية الخرشي (7/ 223) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (ص 1/ 479 –480) ، وابن جزي : القوانين الفقهية (ص 181) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/ 559) ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 220) ، والشيرازي ، إبراهيم بن علي : المهذب . بيروت : دار الفكر (1/ 394) ، ود. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته(5 / 3817) .

[4] د. السنهوري : الوسيط (7/57–58)، ود. الشهاوي:عقد المقاولة (72)، ود. السرحان : شرح القانون المدني (ص 28) ، ود. الفضلي : الوجيز في العقود المدنية (ص 381) و عنبر: الوجيز في عقد المقاولة (87 –89) .

[5] هو عبد الغني بن طالب الغنيمي الحنفي الشهير بالميداني ، ولد في حي الميدان بدمشق سنة 1222 هـ ، قرأ على الشيخ عمر المجتهد ومحمد أمين عابدين ، وأخذ عنه الشيخ طاهر الجزائري ، له مؤلفات عديدة منها " اللباب في شرح الكتاب " و " شرح العقيدة الطحاوية " ، توفي سنة 1298 هـ ، محمد مطيع ونزار أباظة : علماء دمشق وأعيانها . (2/ 768) والزركلي : الأعلام . (4/ 33) .

[1] الميداني ،عبد الغني : اللباب (2/ 100) .

كلام محرم ، لأنه انتفاع محرم " [2]، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنيـــة [3] : " إذا كان محل الالتزام مخالفا ًللنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " .

غير أن النظام العام والآداب في الشريعة الإسلامية يختلف مع الفكرة نفسها في الـــنظم الوضعية فما يكون من تصرفات مخالفة للآداب والنظام في بلد ما قد يسمح بها فـــي بـــلاد أخرى ، وتتغير نظرة القانون لها من زمان إلى زمان ، فهناك علاقات تعد محرمة في بلاد كالبلاد العربية والإسلامية ، يجوز التعامل بها في بلادٍ أخرى ، أمّا الشـــريعة الإســـلامية ففكرة الأخلاق والآداب فيها منبعها العقيدة والإيمان فلا تتغير بتغير الزمان ، فهي مبادىء راسخة لثبوتها بنصوص قاطعة [4] .

المطلب الثالث :

أن يكون العمل معيناً أو قابلاً للتعيين

ومن شروط المحل في عقد المقاولة أيضا ًأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وقـــت العقـــد تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً ، وتحقيقا ًللرضى الحقيقي الكامـــل . وباستعراض النصوص في مصادر الفقه الاسلامي يمكن القول باتفاق الفقهاء[1] أن العمل يكون معيناً إذا تولى الطرفان بيان نوعه ، وأوصافه، وقدره ،وطريقة أدائه، وكل ما يمكن به إزالة كل جهالة فاحشة يمكن أن تكون سبباً للنزاع .

ويتضح ذلك بعقدين يقع كل منهما علـــى العمـــل :عقـــد الأجيـــر المشـــترك ، وعقـــد الاستصناع .

---

[2] البهوتي : كشاف القناع (3/ 559) .

[3] مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (140) (ص 20) ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني في المادة (163) (1/ 158) ، والقانون المدني العراقي في المادة (130) انظر عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة (ص 90) .

[4] أبو البصل ،عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 174 – 175) .

[1] الكاساني : البدائع (5/ 549) ، والسرخسي : المبسوط (16/ 47) ، والبهوتي : كشـــاف القنـــاع (3/ 549) ، والشربيني : مغني المحتاج (3/ 453) ، والخرشي : حاشية الخرشي ، وابن جزيّ : القـــوانين الفقهيـــة (ص 161 – 163) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (1/ 477) ، د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (5/ 3812) .

فقال السرخسي [2]: " وإذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً في داره ، ولم يُسم له موضعاً ولم يصفها فهو فاسد لجهالة المعقود عليه ، فعمل الحفر يختلف بـاختلاف الموضـع فـي الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ، ويختلف باختلاف البئر في العرض والعمق ، ولو سمّى عشرة أذرع في الأرض ومما يدير هكذا ذراعاً بأجر مُسمّى جاز ؛ لأن العمل صـار معلوما بتسمية الذرعان " [3] .

وقال الكاساني في كتاب الاستصناع : " وأمّا شرائط جـوازه – منهـا – بيـان جـنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه " [4] ، فإذا كان التعاقد علـى بناء كان تعيينه عادة بوضع تصميمات وخرائط من المهندس المعماري ، ويرافق ذلك دفتر الشروط لبيان الأعمال المطلوبة وشروط تنفيذها ، والمقايسة التي توضح مقاسـات البنـاء ومقدار المواد وصفاتها وثمن المواد لكل نوع على حدة ، وجميع الوثائق السـابقة تكمـل الواحدة منها الأخرى ، وتشكل في مجموعها ما تراضى عليـه الطرفـان بشـأن البنـاء المطلوب .

ويكون العمل قابلاً للتعيين متى تضمن الخطوط التي تساعد على تعيينه ، كما لو اتفق الطرفان على قيام المقاول بإنشاء بناء سكني يتألف من خمس غرف إضافة إلـى المرافـق الأخرى ، فالعقد صحيح لأن محله مما يمكن تعيينه [1] ،وهذا ما نصت عليـه القـوانين المدنية [2]ومما جاء فيها :

1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، وجب أن يكون معينـاً بنوعه ومقداره ، و إلا كان العقد باطلاً .

---

(2) محمد بن أحمد بن سهل ، أبو بكر ، شمس الأئمة ، أحد الفحول الأئمة الكبار ، كان متكلماً ، فقيهاً ، أصولياً ، من أهل سرخس في خرا سان ، لزم ابن عبد العزيز الحلواني ، وتفقه عليه محمد بن إبراهيم الحصيري ، أملى " المبسوط " وهـو في السجن وله " شرح السير الكبير للإمام محمد " و" النكت " ، توفي سنة 483 هـ ، ابن أبي الوفاء : الجواهر المضـية (3/ 78-81) ، والحاجي خليفة ، كشف الظنون (1/ 46) .

(3) السرخسي : المبسوط (16/ 47) .

(4) الكاساني : البدائع (6/ 86) .

(1) د. شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 61 ، 62) ، ود. السنهوري : الوسـيط (7/ 56 ، 57) ود. الفضـلي : جعفر : الوجيز في العقود المدنية (ص 381) ، وقرة ، فتيحة : أحكام عقد المقاولة (ص 97) ، ود. السرحان : شرح القانون المدني الأردني (ص 27) .

(2) مشروع القانون المدني الفلسطيني ، المادة (139) (ص20) ، التي نقلت عن القانون المدني المصـري المـادة (133) ، عنبر ، محمد : الوجيز في عقد المقاولة (ص 92) .

2- يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقـداره، وتنص المادة (455) من مجلة الأحكام العدلية على أنه [3]" تكـون المنفعـة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل ، يعني بتعيين ما يعمل الأجيـر أو تعيين كيفية عمله " .

ويلاحظ أن القوانين المدنية نصت على بطلان عقد المقاولة بسـبب الجهالـة الفاحشـة المفضية إلى المنازعة ، متبعة رأي جمهور الفقهاء [4] ، بخلاف مذهب الحنفيـة الـذي يقضي بفساد العقد بسبب الجهالة الفاحشة [5].

ويترتب على ذلك أن يثبت للعامل بعد الشروع بالعمل أجرة المثل كاملة ، سـواء أكانـت مساوية للأجرة المسمّاة أم أكثر منها أو أقل عند جمهور الفقهاء[1] ، قال الشـربيني : " – وتستقر في الإجارة الفاسدة ، سواء أقدرت بعمل أم بمدة ، أجرة المثل – سواء أكانت أكثر من المسّمى أم لا – بما يستقر به في الصحيحة – " [2]

أما الواجب عند الحنفية فهو الأقل من أجر المثل ومن المسمّى إذا كان فسـاد الإجـارة بسبب شرط فاسد ، لاباعتبار جهالة المسمى ، ولاباعتبار عدم التسمية ، فإنه فـي هـاتين الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ [3] .

وقال الميداني الحنفي في اللباب : " – والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يتجاوز به المسمى لرضاهما به ، وينقص عنه لفساد التسمية ، وهذا هو الفساد بشرط فاسـد أو

---

[3] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (ص 430) .

[4] البهوتي : كشاف القناع (3/ 549) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (ص 478) ، والشربيني : مغني المحتـاج (3/ 444) ، وابن جزيّ : القوانين الفقهية (ص 184) ، وابن قدامة المقدسي ، عبد الله : الكافي في فقه أحمـد بـن حنبل ، تحقيق زهير الشاويش . ط5 . بيروت : المكتب الاسلامي . 1988م . (2/ 312) .

[5] الميداني ، عبد الغني : اللباب (2/ 103 –104) ، والكاساني : البدائع (5/ 542) وابن عابـدين : حاشـية رد المحتار (7/ 15) . وانظر : تفصيل المسألة في حاشية (ص 27) .

[1] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 489) ، وابن قدامة : الكافي (2/ 312)،وابن جزيّ : القوانين الفقهية(ص 184) .

[2] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 489) .

[3] د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته.(5/ 3837) والميداني ، عبد الغني : اللباب (2/ 103 – 106) .

شيوع مع العلم بالمسمّى ، وإن لجهالة المسمّى أو عدم التسمية أصلاً أو كان المسمّى خمراً أو خنزيراً أوجب المثل بالغاً ما بلغ لعدم ما يرجع إليه " . [4]

المطلب الرابع : أن لا يكون العمل واجباً على العامل أو المقاول قبل العقد

نص على هذا الشرط فقهاء المذاهب الأربعة [5]، ولم تتعرض له التشـريعات المدنيـة الحديثة ، فوجب الرجوع إليه والعمل به .

ومن الأعمال الواجبة على العامل أو المقاول الفرائض والواجبات الشـرعية ، ومـا لا يقبل النيابة عنه ، كالصوم والصلاة وصلة الأرحام ، فثواب هذه الأعمال وأجرها تعـود على من قام بها وحده ، ولأن القصد منها امتحان المكلف بالامتثال ، وكسـر الـنفس ولا يقوم غيره مقامه هذا ، ولذلك لا يجوز أن يرد عقد المقاولة على هذه الأعمال.

وهناك أعمال واجبة على الأشخاص بما فيهم العامل والمقاول ، وتقبـل النيابـة ، فقـد يؤديها شخص نيابة عن الأصيل ، كرد الودائـع ، وقضـاء الـديون ورد المغصـوبات ، فالمقصود انتفاع أهلها بها ، ولم تشترط النيات في أكثرها ، فيجوز أن يرد عقد المقاولـة على هذه الأعمال .

واختلف الفقهاء في بعض الطاعات والقربات كالحج والإمامة والأذان وتعليم القـرآن ، فلم يجز الحنفية التعاقد عليها بمقاولة أو غيرها .[1]

وقال الميداني : " – لا يجوز الاستئجار على الطاعات ،مثل الأذان والإقامـة والحـج والإمامة وتعليم القرآن والفقه ، قال في التصـحيح : وهـذا جـواب المتقـدمين وأجـازه المتأخرون ، فقال في الهداية : وبعض شيوخنا استحسنوا الاستئجار على تعلـيم القـرآن،

---

[4] الميداني : اللباب (2/ 103 – 104) .

[5] ابن رشد : بداية المجتهد (2/ 221) ، وابن جزيّ : القوانين الفقهية (ص 181) ، والشربيني : مغنـي المحتـاج (3/ 4) ، وابن قدامة : الكافي (2/ 304) ، والميداني : اللباب (2/ 100) ، والسرخسي : المبسـوط (16 / 37) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 76) .

[1] الميداني : اللباب (2/ 100)، والسرخسي: المبسوط (16 / 37)، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 76) .

وعليه الفتوى [2] " ، بينما أجاز الجمهور أن تكون هذه الأعمال محلاً لعقد المقاولة [3] ، فقال النووي [4] : " لا تصح إجارة مُسلم لجهاد ولا عبادة تجب لها نية إلا حج وتفرقة زكاة وتصح لتجهيز ميت ودفنه ، وتعليم القرآن " ، ثم أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ المعلم أجرة المثل في زمانه على تعليم القرآن والإمامة والأذان وغيرها [5].

---

[2] الميداني : اللباب (100/2).

[3] ابن رشد : بداية المجتهد (2/ 221) ، وابن جزيّ : القوانين الفقهية (ص 181) ، والشربيني : مغني المحتاج (3/ 461) ، وابن قدامه : الكافي (2/ 304) .

[4] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 461) .

[5] السرخسي : المبسوط (16/ 37) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 76) .

المبحث الرابع

البدل

وفيه ثلاثة مطالب لبيان شروطه :

المطلب الأول : أن يكون البدل موجوداً

المطلب الثاني : أن يكون البدل مشروعاً

المطلب الثالث : أن يكون البدل معيناً – معلوماً

المبحث الرابع

البدل

البدل هو الوجه الثاني للمحل في عقد المقاولة ، ويقابل الأجرة في الإجارة ، والثمن في البيع ، وهو المال الذي يلتزم به صاحب العمل بإعطائه للمقاول مقابل تنفيذ الأخير ما تعهد به بحسب الشروط التي اتفقا عليها .

والبدل باعتباره محلاً لالتزام صاحب العمل لا بد أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام وهي في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أن يكون البدل موجوداً في عقد المقاولة :

البدل ركن من أركان عقد المقاولة ، يجب تحديده والاتفاق عليه وقت العقد ، فالمقاولة من عقود المعاوضات ، وإذا لم يذكر البدل كان العقد من عقود التبرعات ، قال الشربيني : " وأركان الإجارة أربعة : عاقدان ، وصيغة ، وأجرة ، ومنفعة " [1]

ويتفرع من ذلك أن يكون العوض أو البدل المذكور في العقد حقيقياً ، فلو كان البدل غير حقيقي ، أي صورياً [2] ، فلا يصح أن يكون عوضاً ، لأنه لا منفعة فيه أو منفعته قليلة لا تقصد [3]،فيعدّ البدل عندئذ معدوماً ، ويتعذر انعقاد عقد المقاولة .

و إذا كان البدل تافهاً أو عوضاً يبلغ من الضآلة بالنسبة إلى العمل الذي يقوم به المقاول حداً يتعذر معه اعتباره عوضاً حقيقياً ، فيعد هذا العوض التافه في حكم العدم ولا تكفي لانعقاد العقد ،وإذا ذكر بدل ولكن من غير الإمكان أن يوفي به صاحب العمل ، فلا تنعقد لمقاولة ، أي أصبح الالتزام به مستحيلاً ، وبالتالي كان العقد باطلاً [4] ، و قال البهوتي :

---

[1] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 439) .

[2] تتجلى صور العقود في حالتين : حالة المواضعة أو التلجئة وحالة الهزل ، فقد يتواضع الطرفان على بدل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علناً . انظر الزرقاء : المدخل الفقهي العام (1/ 375 وما بعدها) .

[3] الكاساني : البدائع (6/ 18-19) ، والخرشي : حاشية الخرشي (7/ 216) .

[4] وفا ، محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والقانون (ص 63) ود. الفضلي ،جعفر : الوجيز في العقود المدنية ، وابن عرفة : حاشية الدسوقي (5/ 362) .

" أن يكون المبيع ومثله الثمن – مقدوراً على تسليمه – حال العقد ،لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه – فلا يصح بيع آبق ولا جعله ثمناً " [1].

وقال الشيرازي [2]: " ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة ؛ لأنه عقد يقصد بـــه العوض ، فلم يصح من غير العوض كالبيع " [3]

و تتفق التشريعات الوضعية مع ما أقره الفقه الإسلامي [4]من ضرورة تحديد البـــدل في عقد المقاولة ، وتنص على أنه : " يجب في عقد المقاولة وصف محله ،وبيان نوعـــه، وقدره ، وطريقة أدائه ، ومدة إنجازه ،وتحديد ما يقابله من بدل " [5] .

والأجير المشترك هو من يعمل للناس جميعاً – كما تقدم – كالخياط والكواء ، فلو دفـــع شخص ثوباً إلى الخياط ليخيطه ، أو إلى الكواء ليكويه ، أو قام الحـــلاق بحلـــق الشـــعر وتهذيبه ، أو قام السائق بتوصيله إلى المكان المراد ، بلا عقـــد ولا شـــرط أو تعـــريض ، استحق السائق والحلاق والكواء والخياط أجرة المثل عند الحنفية [6]، على الرغم من فساد العقد لعدم تسميته البدل ،والحنابلة [7]وكثير من الشافعية [8]، وقال بعضهم : " لا أجـــرة له مطلقاً " [9] .

---

[1] البهوتي : كشاف القناع (3/ 162) .

[2] الشيرازي : هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي ، أبو اسحق ، ولد بفيروز آباد " بفارس" سنة 393 هـــــ ، وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها ، ثم انتقل إلى البصرة ومنها إلى بغداد ولزم القاضي أبا الطيب ،وانتهت إليه رياسة المذهب الشافعي ، وله تصانيف كثيرة منها " التنبيه " و" المهذب " و" طبقات الفقهاء" ،مات ببغـــداد ســـنة 476 هــــ . السبكي : طبقات الشافعية (2/ 480 –508) ، وابن عماد الحنبلي : شذرات الذهب . (2/ 349– 351)

[3] الشيرازي : المهذب (1/ 406) .

[4]البهوتي : كشاف القناع(3/ 162)،وابن جزي: القوانين الفقهية (181)،والشربيني : مغني المحتـــاج (3/ 339 – 444) ، وابن النجار : منتهى الإرادات (1/ 477) ، والميداني : اللباب (2/ 88)، والخرشي : حاشية الخرشي (7/ 216) والكاساني : البدائع (8/18) ، وابن قدامه : الكافي (2/ 311) ، والنووي : روضة الطالبين (4/ 342) .

[5] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني المادة (2/ 582) والسنهوري : الوسيط (7/ 56) .

[6] الكاساني : البدائع (28/8) ، والزيلعي : تبيين الحقائق (6/ 110) .

[7] البهوتي : كشاف القناع (3/ 555) ، وابن قدامة : الكافي (2/ 312) .

[8] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 44 4) ، والنووي : روضة الطالبين (4/ 343) .

[9] المصدر السابق . (3/ 478).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور ؛ لأن العرف يجري بأن الناس لا يقدمون أعمالهم ومنافعهم للآخرين مجاناً ، وإذا لم تذكر الأجرة ، فلا يعني أنهم لا يريدونها ، إلا إذا صرّح صاحب المنفعة – المقاول – بأنه متبرع أو متنازل عنها ، والله اعلم .

وتتفق التشريعات الوضعية مع رأي الجمهور من الفقهاء ، إذ تنص المادة (562) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة ،أو على كيفية تقديرها ، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة ،وجب اعتبار أجر المثل " [1] .

المطلب الثاني : أن يكون البدل مشروعاً

المباح أو المشروع في الفقه الإسلامي يقابله في القانون أن يكون محل الالتزام مشروعاً أو جائز التعامل فيه ، ويشترط في محل العوض باعتباره محل التزام صاحب العمل أن يكون مشروعاً أو جائز التعامل فيه .

وحتى يكون البدل مشروعاً ومن ثم عقد المقاولة صحيحاً ، لا بد من توافر شرطين فيه ، وهما المالية و التقوم ، فالمال كما ورد في المادة (126) من المجلة " ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول " [2]

والأصح أنّه هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس [3]، فما لم يكن له قيمة مادية لا يصح أن يكون بدلاً في عقد المقاولة ، كالميتة ، والدم والإنسان الحر ، وحبة القمح ، ويترتب على عدم مالية البدل بطلان المقاولة [4].

والتقوم يقصد به ما يباح الانتفاع به شرعاً ، ويجوز التعامل به قانوناً ،وله قيمة مادية بين الناس ،فإذا كان البدل ذا قيمة ، ولكن يحرم الانتفاع به كالخمر والخنزير ، أو

---

[1] د. وفا : محمد علي : عقود الإيجار الفاسدة (ص 343) ، ود. السنهوري : الوسيط (6/ 170) .

[2] حيدر ، علي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1/ 100) .

[3] الزرقاء : المدخل الفقهي العام . (3/ 118) .

(4) الشربيني : مغني المحتاج (3/ 445) ، وابن عرفه : حاشية الدسوقي (5/ 362) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 62) ، والنووي : روضة الطالبين (4/ 343) .

لا يجوز التعامل به كالمخدرات[1] لا تعد أموالاً منقولة ، فلا تصح أن تكون بدلاً في سائر العقود ، ومنها عقد المقاولة .

و قال الميداني : " - فما صحّ أن يكون ثمناً - أي بدلاً في البيع - صح أن يكــون أجرة في الإجارة " [2] وبفوات شرط التقوم في البدل يُعد العقد فاسداً ؛ لأنه شرط صحة عند الحنفية [3]، فالخلل راجع إلى الوصف في العقد الخارج عن حقيقته فهو عقد فاســد عند الحنفية ، ويُعد باطلاً عند غيرهم[4] .

المطلب الثالث : أن يكون البدل معيناً - معلوماً -

لئن كان من الواجب أن يكون الثمن والأجرة في عقدي البيع والإجــارة معلــومين وقــت التعاقد ، فكذلك حال البدل في عقد المقاولة ، فكون العوض معلومــاً فــي ســائر عقــود المعاوضات من المسائل المتفق عليها فقهاً [5]وقانوناً [6] ، وكل ذلك من أجل المحافظــة على استمرار المعاملات المالية بين الناس ، وقطع دابر المنازعات الناجمة جراء الجهالــة بالبدل في عقد المقاولة وغيره بين المتعاقدين ، واتفق الفقهاء [7]على أن كل ما جاز ثمناً في عقد البيع ، جاز أن يكون عوضاً في عقد الإجارة ، وكذلك جاز أن يكون بدلاً في عقد المقاولة ؛ لأن الإجارة والمقاولة من عقود المعاوضات المالية الشبيهة بعقد البيع .

---

[1] د . أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 176) ، و الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود (ص 383) .

[2] الميداني : اللباب (2/ 88) .

[3] الكاساني : البدائع (6/ 19) ،وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 62) .

[4] النووي : روضة الطالبين (4/ 344) .

[5] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 444) ، والكاساني : البدائع (6/ 20) والخرشي : حاشية الخرشي (7/ 216)، وابن قدامه : المغني (7/ 322) ، والبهوتي : كشاف القناع (3/551- 555) ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 220) ، والميداني : اللباب (2/ 88) .

[6] د. السنهوري :الوسيط (7/60-61) ، ود. السرحان : العقود المسمّاة (ص 30 -31) ود. الفضلي ، جعفر : الوجيز في العقود (من 382-383) .

[7] البهوتي : كشاف القناع (3/ 551) ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 220) ، والميداني : اللباب (2/ 88) ، والنووي : روضة الطالبين (4/ 344) .

وبناءً على ذلك لا بد من تحديد البدل في عقد المقاولة وتعيينه بجلاء ، سواء أكان البـــدل مما يثبت في الذمة ، أم عيناً معينة ، أم منفعة معينة ، فما يثبت في الذمة قد يكون نقوداً

– وهو الغالب – فيشترط فيه أن يكون معلوماً قدراً وصفة ، فالقدر[1] مثل مائـــة ألـــف ، والصفة مثل الدنانير أو الجنيهات مع نسبتها إلى بلدها ،وأن يذكر في العقد كيفية دفعهـــا ولا سيما في عقود المقاولات الكبيرة ، هل تدفع جملة واحدة ؟ أم على أقســـاط محـــددة ؟ وهل تدفع قبل البدء بالعمل ؟ أم عند تمامه ؟ أم فيما بين ذلك ؟ وإن كان ما يثبت في الذمة غير نقود ، كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، يجب بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، ككون جنس المكيل أو الموزون حبوباً ، وكون نوع الحبوب قمحاً ،والقدر ككونه ألفاً ، والصنف كذا ، و إن كان البدل منفعة معينة، فيشترط فيها ما يشترط فـــي المنفعـــة الواقع عليها الإجارة ، كأن يسكن محام أو طبيب في مسكن مملوك لأحد زبائنـــه مقابـــل الترافع له في قضاياه ، أو معالجة أفراد أسرته ، وتكون المقاولـــة هنـــا مقايضـــة منفعـــة بمنفعة .

وقد يكون البدل عيناً معينة ، وعندئذ يكفي مشاهدتها للعلم بها ، كأن تكون مقادير مـــن البضائع أو قطعة أرض أو شقة سكنية أو غير ذلك ، يقول الشربيني : " ويشـــترط كـــون الأجرة التي في الذمة معلومة جنساً وقدراً ،وصفة ، كالثمن في البيع " [2] ، وجـــاء فـــي اللباب للميداني : " ولا تصح – الإجارة – حتى تكون المنافع معلومة والأجرة

معلومة ، وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة " [3] .

والأصل في هذا كله قول النبي– صلى الله عليه وسلم– : " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره " [1]

---

[1] الزيلعي : تبيين الحقائق (6/ 79) ، و. النووي : روضة الطالبين (4/ 345) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 7) ،والكاساني : البدائع (6/ 21) ،والبهوتي : كشاف القناع (3/ 551) ، وابن قدامة : المغني (7/ 322) ، وابن عرفة : حاشية الدسوقي (5/ 335) . .

[2] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 444) .

[3] الميداني : اللباب (2/ 88) .

واتفقت التشريعات المدنية العربية مع الفقه الإسلامي في تعدد جنس البـدل واشـتراط كونه معلوماً نوعاً وقدراً وصفة .

و جاء في المادة (1/664) من القانون المدني الأردني : " يجوز أن يكون بدل الإيجار عيناً أو ديناً أو منفعة وكل ما صلح ثمناً في البيع " (2)

ونصت المادة (748) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنّه : " يشترط أن تكون الأجرة معلومة وذلك بتعيين نوعها ومقدارها إن كانت من النقـود ، وبيـان نوعهـا ووصفها وتحديد مقدارها إن كانت من غير النقود " (3)

وبقي أن يُذكر أن المتعاقدين إذا لم يتفقا على بدل محدد أو نصّا صراحة على خلو المقاولة من البدل ،كأن يقول صاحب العمل : قاولتك بلا بدل ، فيبطل عقد المقاولـة لانعـدام أحـد أركانه .

أما إذا لم يتعرضا له ، كما مرّ سابقاً ، فيفسد العقد عنـد الحنفيـة للجهالـة المفضـية للمنازعة ، ويجب أجر المثل (4).

ويتم تحديد البدل في عقد المقاولة بالتراضي المتبادل بين العاقدين ، وأشـكال التراضـي ثلاثة : (5)

1- تحديد البدل بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصـفات المحددة بدقة ، هذه هي الصورة الغالبة التي تتم بين أصحاب الأعمال والمقاولين .

---

(1) أخرجه عبد الرزاق : باب الرجل يقول : بع هذا بكذا فما زاد فلك أو كيف باعه بدين ، برقم (15023) ، انظـر : عبد الرزاق بن همام : المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي .ط2 . بيروت : المكتب الاسـلامي 1983م(8/ 235) وأخرجه النسائي : كتاب المزارعة ،باب الثالث من الشروط فيه المزارعه والوثائق : برقم (3862) ، انظر : السيوطي، جلال الدين : سنن النسائي المسمى بالمجتبى بشرح السيوطي : دار الفكر 1995 م (7/ 35) .

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (2/ 480) .

(3) د . الزحيلي،وهبة : العقود المسمّاة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني (ص 221) .

(4) ابن عابدين : حاشية رد المحتار (9/ 7)، الكاساني: البدائع(6/ 20) انظر توضيح المسألة (27) من هذا البحث

(5) مجلة مجمع الفقه الاسلامي – جدة – الدورة الرابعة عشرة – غير منشورة – انظر : د. عفانـه ، حسـام الـدين : يسألونك .الجزء الثامن (ص 144 – 145) ،ود. السنهوري : الوسيط (7/ 61 – 63) ، ود. الشهاوي ، قدري عبد الفتاح : عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن (ص 76 – 78) .

2- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها .

3- الاتفاق على تحديد البدل على أساس سعر التكلفة الحقيقية ، ونسبة ربح مئوية ، ويلزم في هذه الحالة أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف ، يرفعها للجهة المحددة في العقد ، ويستحق حينئذ التكلفة ، بالإضافة للنسبة المتفق عليها .

المبحث الخامس

الباعث " السبب"

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : السبب في القانون المدني

المطلب الثاني : الباعث في الفقه الإسلامي

المبحث الخامس

الباعث : السبب "

المطلب الأول : السبب في القانون الوضعي " الباعث "

يطلق السبب في القوانين الوضعية وعند رجال القانون على معان :[1]

الأول : السبب بمعنى مصدر الالتزام : ويُسمى السبب المنشىء ، كمن يلتزم بالتعويض لأنه أتلف مال الآخر، فسبب التزامه هو المسؤولية التقصيرية .

الثاني : يطلق السبب على القصد المباشر للتعاقد ، ويسمى السبب القصدي ، ففي عقد البيع يكون السبب القصدي لالتزام البائع ، هو الحصول على التزام المشتري بالثمن ، وكذلك سبب التزام المشتري ، الحصول على التزام البائع بنقل الملكية .

الثالث : السبب بمعنى الباعث أو الدافع ، وهو بمعنى المقصد أو الغرض البعيد الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، ففي عقد المقاولة ، يكون الباعث لدى صاحب العمل عندما يعهد للمقاول ببناء منزل ، أن يتخذه مسكناً ، أو محلاً تجارياً ، ويكون الباعث للمقاول عند قبوله بالعقد الحصول على المال ليسد به ديناً ، أو ليشتري به منزلاً ، أو لينفقه على تعليم أو علاج .

والمعنى الثاني للسبب تبنته النظرية التقليدية ، حيث لم يبحثوا في الغرض غير المباشر من وراء التعاقد .

والسبب القصدي يتميز بأنه داخلي يُعرف من العقد نفسه ، وموضوعي أي ليس ذاتياً متعلقاً بالشخص ، وثابت غير متغير يتكرر في كل بيع ، حتى ولو تغير الأشخاص

---

[1] انظر : سوار ، محمد وحيد الدين : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي . ط 2 . عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1988 (ص 470) ، ود. منصور ، أمجد محمد : النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام .ط1 . عمان : الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع 2001 م (ص 134 –135) ، ود. السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ط1 . بيروت : دار إحياء التراث العربي . (4/ 11) ، ود. الزحيلي ،وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (4/ 3031–3033) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 195 –198) . والزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة . ط2 . دمشق : دار القلم 1999م (ص 64) ، وسيوفي ، جورج : النظرية العامة للموجبات والعقود . ط2 . بيروت : 1994 م (1/ 176 – 178) .

المتعاقدون، وهو يلتقي في بعض خصائصه مع المقصد الأصلي للعقد في الفقه الاسلامي ، أو الغاية النوعية منه.

فالمقصد الأصلي لعقد البيع هو نقل الملكية بعوض ، والسبب القصدي لالتـــزام كـــل متعاقد هو التزام الطرف الآخر ، وفي العقود الملزمة لجانب واحـــد , كـــان العقـــد عينـــاً كالقرض يكون سبب الالتزام تسليم الشيء محل التعاقد وفي عقود التبـــرع ســـبب التـــزام المتبرع هو نية المتبرع .

وقد اشترطت النظرية التقليدية والقوانين التي تأثرت بها للسبب أن يكـــون موجـــوداً ، وصحيحاً ، ومشروعاً ، وردوا على من اعتبر معنى السبب هو الدافع على التعاقـــد بأنـــه يصعب ضبطه لما يتميز به من خصائص غير موضوعية ، وقالوا أنه لا تأثير لـــه فـــي وجود العقد ، ويقوم العقد سواء كان الباعث شريفاً أو غير شريف ، وعدّوا الســـبب بهـــذا المعنى ركناً من أركان العقد ، وبفواته يُعد العقد باطلاً .

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد الشديد من خصومها [1] ، لأنهـــا غيـــر منطقيـــة وغيـــر مجدية، ففي العقود الملزمة للجانبين قالوا أنه ليس بصحيح أن سبب التزام المتعاقـــد هـــو التزام الآخر وهذا يقتضي أن تنشأ الالتزامات في وقت واحد ، والواقع أن أحدهما يســـبق الآخر ، ويمكن الاستغناء عنها ، إذ يمكن أن نصل إلى بطلان الالتزام – باعتبار أنّ هـــذا هو هدف النظرية – الذي ليس له سبب من طريق آخر ، وهو عدم مشروعية المحل فـــي العقود الملزمة للجانبين ، فإذا اتفق طرفان على أن يقوم أحدهما بجريمة قتل مقابل عوض ، يعدّ العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل .

وبسبب ما وجه للنظرية التقليدية من نقد ، برزت النظرية الحديثة والتـــي تبنـــت المعنـــى الثالث للسبب وهو " الدافع والباعث على التعاقد " أي الغرض غيـــر المباشـــر مـــن وراء

---

[1] انظر تفصيل الردود عند د. السنهوري : مصادر الحـــق فـــي الفقـــه الاســـلامي (4/ 17– 19) ، ود. الـــدريني : النظريات الفقهية (ص 290) ، ود. أبو البصل : عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردنـــي (ص 197 – 198) ، والزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام (ص 65) ، وسيوفي ، جورج : النظريات العامة للموجبـــات والعقـــود (1/ 180 –182) .

التعاقد ، ويسمى " السبب المصلحي " ، ويتميز السبب بهذا المعنى بأنه خارجي عن العقد ، وأنه ذاتي للمتعاقد ، ومتغير في النوع الواحد من العقود كما يختلف باختلاف الأشخاص[1]

فالشخص الذي يشتري داراً لاستغلالها في أغراض تخالف النظام العام والآداب يعد عقده باطلاً لأن باعثه غير مشروع ، ويشترط لإعمال الباعث شرطان [2]:

1- أن يكون ثمة غرض غير مشروع

2- أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الغرض .

وهذا الباعث الذاتي الذي دفع العاقد إلى العقد هو المسمى سبب العقد ، وأخذت به كثير من القوانين المدنية العربية [3] ، وجعلته ركناً لازماً لقيام العقد ، وبعضها ميز بين سبب الالتزام وسبب العقد ، كما هو الحال في القانون المدني اللبناني [4]، ومشروع القانون المدني الفلسطيني[5] ، والقانون المدني الأردني [6].

فالمادة (165) من القانون الأردني تنص على الآتية :

1- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد .
2- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب[7] .

وتنص المادة (166) من نفس القانون على الآتي :

1- لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة لعاقدين .

---

[1] د. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون المدني الأردني (197 – 198) ، د. الدريني : النظريات الفقهية (ص 299) ود. سوار : التعبير عن الإرادة (ص 470) .

[2] د. السنهوري : مصادر الحق (4/ 22) ، الزرقاء : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة (65) ، ود. سوار : المرجع السابق (ص 405 – 476) ، ود. أبو البصل ، عبد الناصر : دراسات في فقه القانون (ص 198) .

[3] د. السنهوري : المرجع السابق ، ود. الزحيلي ، وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته (4/ 3032) ،والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 163) ، القانون المدني الفلسطيني (20، 21) .

[4] د. سيوفي : النظرية العامة للموجبات والعقود (195) (2/ 188 –189) .

[5] مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص 20 – 21) .

[6] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 163) .

[7] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1/ 163) وتماثلها المادة (146 –147) من مشروع القانون المدني الفلسطيني (ص 20 –21) .

2- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

ويلاحظ أنه أخذ في المادة الأولى بالنظرية التقليدية في معنى السبب ، وهو الغرض المباشر للعقد ، وبالمادة الثانية أخذ بالسبب الدافع إلى التعاقد كما عرفته النظرية الحديثة ومعتمداً على ما جاء في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : الباعث "القصد " في الفقه الإسلامي :

يتم التعاقد في الفقه الاسلامي بمجرد تحقق " الصيغة " وهي وتوافق الإيجاب والقبول، لأنهما يعبران عن الإرادة الباطنة ، دون أن يتوقف ذلك على شكل أو مراسيم معينة .

وهذه الإرادة قد يحركها باعث لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية ، غير أن قصده من هذا التصرف تحقيق أغراض غير مباشرة ، يخرق فيها الأخلاق والقيم والآداب التي أمر بها الإسلام الحنيف ، ويناقض مقاصد التشريع .

ولهذا أرست الشريعة الإسلامية فكرة الباعث كقيد يرد على حرية تصرف الإرادة [1]

ويعرف الدكتور فتحي الدريني الباعث بقوله : " الدافع الذي يحرك إرادة المنشيء للتصرف إلى تحقيق غرض مباشر "[2]. والمقصود بغير مباشر أي غرض غير مشروع.

كأن يقوم مقاول بتوريد كميات من العنب لمصنع يعلم بأنه يُصنع من عصيره الخمر، فالدافع الذي حمل صاحب المصنع على شراء العنب إنما ليتخذه خمراً ، وهو دافع غير مشروع ، لأنه يهدف إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع الحكيم .

وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار إليه الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله : " تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر " فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة ، كمن يهب ماله عند الحول فراراً من دفع الزكاة [1].

---

[1] د. سوار : التعبير عن الإرادة (ص 483 – 484) ،د. السنهوري :مصادر الحق (4/ 36) . ود. الدريني : النظريات الفقهية (ص 228) .

[2] د. الدريني : المرجع السابق . (ص 228) .

[1] الشاطبي : الموافقات (4/ 201) .

و إذا صرح بالباعث غير المشروع في صلب العقد اتفق الفقهاء[2] على بطلان العقد لاقترانه بشرط محظور محرم ، أما إذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء ، وبالامكان دمج أقوالهما في رأيين أساسيين وهما :

الرأي الأول : مذهب الحنفية والشافعية :

الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود ، لا بالإرادة الباطنة ، فلا يعتدون بالباعث غير المشروع ما لم يتضمنه التعبير ، أو لم يستخلص من طبيعة محل العقد ضمناً [3].

قال الكاساني : " ولا تجوز إجارة الإماء للزنا ، لأنها إجارة على معصية " [4]، وقال الزيلعي [5]: " ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد "[6] . فصيغة العقد تضمنت صراحة الباعث على الإجارة وهو سبب غير مشروع ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً .

ومن الأمثلة على استخلاص الباعث من طبيعة المحل ما ذكره الكاساني أيضاً : [7]"

وأما القرد – أي شراء القرد – فعن أبي حنيفة_ رضي الله عنه_ روايتان: وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعاً فلا يكون مالاً كالخنزير ، ووجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشترى

---

[2] انظر : البهوتي : كشاف القناع (3/ 153 ، 181) ، وابن رشد : بداية المجتهد (2/ 140) ، وابن جزيّ : القوانين الفقهية (ص 181) ، والشاطبي : الموافقات (4/ 200) ، والكاساني : البدائع (6/ 4، 557) ، والشربيني : مغني المحتاج (2/ 343) .

[3] انظر د. الدريني : النظريات الفقهية (ص 233 – 237) ود. السنهوري : مصادر الحق (4/ 38 –42) ، د. الزحيلي ، وهبة : الفقه الاسلامي وأدلته (4/ 3033–3035) ، و الشربيني : مغني المحتاج (2/ 343) .

[4] الكاساني : البدائع (6/ 3) .

[5] الزيلعي : هو عثمان بن علي بن محجن الملقب فخر الدين أبو محمد الزيلعي ، نسبته إلى " زيلع " وهي قرية على ساحل البحر من ناحية الحبش ، فقيه حنفي ،كان عالماً بالنحو والفرائض ، وله " تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق " و " بركة الكلام على أحاديث الأحكام " ، توفي بقرافة مصر سنة 743 هـ ، ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية (2/ 925) ، بحاجي خليفة : كشف الظنون (1/ 569)

[6] الزيلعي : تبيين الحقائق (6/ 118) .

[7] الكاساني : البدائع (6/ 557) .

للانتفاع بجلده عادة، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام و أنه لا يجوز " .

فالباعث استخلص من التعاقد على طبيعة المحل ، لأن القرد لا يُشترى للانتفاع بجلده بل للهو به .

وما دام العقد صحيحاً ومستكملاً لشرائطه وأركانه ، لا يلتفت إلى البواعث النفسية الخفية في العقود والتصرفات ، لأن البواعث والنوايا لا يعلمها إلا الله ، سبحانه ، ولا يؤخذ بالقرائن الخارجية وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم [1] .

يقول الإمام الشافعي – رحمه الله – : " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به " [2] .

وبناءً عليه قال الحنفية[3] والشافعية [4]بصحة بيع العينة ، وبيع العنب لعاصر الخمر، وبيع السلاح في الفتنة الداخلية ، وزواج المحلل مع الكراهه التحريمية ، والحرمة عند الحنفية أو الكراهه عند الشافعية ،يقول الشربيني: " ويصح بيع جارية الغناء ، وكبش النطاح ، وديك الهراش ولو زاد لذلك مقصداً أولاً لأن المقصود أصلاً الحيوان " [5] .

الرأي الثاني : مذهب الحنابلة والمالكية :

يأخذ الحنابلة [1]والمالكية [2] بالنزعة الذاتية ، وبإعمال الباعث غير المشروع في العقود ، كما هو الحال عند أصحاب النظرية الحديثة ، وفي القوانين المدنية ، غير أنهم لا

---

[1] د. السنهوري : مصادر الحق (4/ 38 – 42) ، ود. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته (4/ 3033-3035) .

[2] الشافعي : الأم (3/ 65) .

[3] الكاساني : البدائع .(280/4) ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار (7/ 541) .

[4] الشربيني : مغني المحتاج (3 / 392) ، والنووي : روضة الطالبين (118/3) .

[5] الشربيني : مغني المحتاج (3/ 392) .

[1] البهوتي : كشاف القناع (3/ 181) ، وابن القيم: إعلام الوقعين (3/ 111) ، وابن قدامة : المغني (303/5) .

يعدونه ركناً في العقد ؛ لأنه خارج عن ماهية العقد ، بخلاف القوانين الوضعية ، فيبطل عندهم التصرفات والعقود المشتملة على باعث غير مشروع ، سواء ذكر في العقد أم لم يذكر ، أو كان بالإمكان أن يعلم بالظروف والقرائن الخارجية وكثرة الوقائع ، بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان[3] .

وقال البهوتي :[4] " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كالعنب وكعصير لمتخذهما خمراً وكذا زبيب ونحوه ، ولو كان بيع ذلك لذمي يتخذه خمراً ، ولا بيع سلاح ونحوه ، في فتنة أو لأهل حرب أو لقطاع طريق إذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن ، لقوله تعالى :"وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ" [5]ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة، وقتل قطاع الطريق ؛ لأن ذلك معونة على البر والتقوى " .

وجاء في إعلام الموقعين : [6]" فالنية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها والنبي – صلى الله عليه وسلم – قد قال كلمتين كفتا وشفتا – وتحتهما كنوز العلم – وهما قوله : " إنّما الأعمال بالنّيّات ، وإنّما لِكُلِّ امرِىءٍ ما نوى [7]" فبين في الجملة الأولى ، أن العمل لا يقع إلا بالنية ، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية ، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه ، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا ، حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح ؛ لأنه نوى ذلك ، وإنما لكل امرىء ما نوى ، فالمقدمة الأولى معلومة بالوجدان ، والثانية معلومة بالنص ، وعلى هذا فإذا نوى بالعصر حصول الخمر ، كان له ما نواه ، لذلك استحق اللعنة ، وإذا نوى بالفعل التحيل على ما حرمه الله ورسوله كان له ما نواه ، فإنه قصد المحرم وفعل مقدوره في

---

[2] ابن رشد : بداية المجتهد(140/2)، والحطاب ، محمد بن عبد الرحمن : مواهب الجليل . ط2 . بيروت : دار الفكر 1977م(4/ 263 ، 404) ، وابن جزيّ : القوانين الفقهية (178 – 179) ، و الشاطبي : الموافقات (2/ 323) .

[3] انظر تفصيلاً أكثر حول الأدلة والأمثلة عند د. سوار : التعبير عن الإرادة (ص 530 –543) ، ود. السنهوري : مصادر الحق (4/ 51– 56) ،ود. الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته (4/ 3035) ، ود. الدريني : النظريات الفقهية (ص 338 –345) .

[4] البهوتي : كشاف القناع (3/ 181) .

[5] سورة المائدة ، الآية (2)

[6] ابن القيم : إعلام الموقعين (111/3) .

[7] أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان والنذور،باب النية في الإيمان ،برقم (6689) العسقلاني : فتح الباري (11/ 700)

تحصيله ، ولا فرق في التحايل على المحرم بين الفعل الموضوع له ، و الفعل الموضـــوع لغيره إذا جعل ذريعة له لا في عقل ولا في شرع "

يقول الشاطبي : " إنما الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات مـــن العبـــادات والعادات [1].

وبناءً عليه قال الفقهاء ببطلان بيوع الآجال ومن ضمنها بيع العينة ، وزواج المحلل ، وبيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً أو استئجار كراريس [2]فيها عبارة النوح .[3]

وكل ما ذكر من أمثلة يكون فيها الباعث غير مشروع ينطبق تماماً على عقـــد المقاولـــة سواء قدم المقاول العمل فقط ،أم العمل والمادة معاً ، فإذا صرّح أحد المتعاقدين بباعـــث غير مشروع في صلب العقد ، وعلم به الآخر، يبطل العقد في الشريعة والقانون ، كـــأن يقول صاحب العمل للمقاول : قاولتك على بناء صالة لبيع الخمور ولعب القمار فيها .

أو كأن يتفق مقاول مع صاحب منجرة على أن يورد له أخشاباً بأنواع محددة ، والمقاول يعلم أن النجار يصنعها على شكل صليب أو تماثيل تُتخذ أصناماً .

وقد يكون الباعث غير المشروع في عقود التبرعات فيبطلها ، كما يقوم بـــه كثيـــر مـــن المقاولين في أيامنا هذه ، عندما يقدمون الهدايا والعطايا للمسؤولين والموظفين في البلديات ووزارة الأشغال ، أو في الشركات الذين يشرفون على العطاءات والمناقصات ، وتحديـــد من يرسو عليه العطاء ، ويكون دافع من قدّم هذه الهدايا والهبات استمالة المخـــتص بهـــذا الشأن نحوه ، وإعطائه المشروع وتقديمه على غيره فهذه رشوة محرمة يســـتحق معطيهـــا وآخذها لعنة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وأميـــل إلـــى رأي المالكيـــة والحنابلـــة ، لوضوح أدلتهم وأمثلتهم ، ولا سيما في هذا الزمان الذي كثر فيه الاحتيـــال والخـــداع ، ولاتفاقه مع مقاصد الشريعة الإسلامية . والله أعلم .

---

[1] الشاطبي : الموافقات (2/ 323) .

[2] كراريس : جمع كُراس ، كَرِسَ الرجل إذا ازدحم علمه على قلبه ،والكُرّاسة: من الكتب سميت بذلك لتكرسها . ابن منظور : لسان العرب (6/ 193)

[3] ابن جزي : القوانين الفقهية (ص178)، والبهوتي : كشاف القناع (181/3) ، وابـــن القـــيم : إعـــلام المـــوقعين (111/3) ، والخطاب : مواهب الجليل (4/ 404 ، 263) ، وابن عبد البر ، يوسف بن عبـــد الله : الكـــافي . ط1 . بيروت : دار الكتب العلمية 1986 م (1/ 324)، وابن قدامة المقدسي : الكافي في فقه ابن حنبل (2/ 25).

مسرد المصادر والمراجع

1. **أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية**. الرياض. 1988م.

2. ابن أبي الوفاء، عبد القادر بن محمد: **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**. ط2. الرياض: دار إحياء الكتب العربية. 1993م.

3. ابن العربي: **حاشية الأحوذي بشرح صحيح الترمذي**. دار الكتب العلمية. بيروت. "دون تاريخ أو رقم طبعة ".

4. ابن العماد الحنبلي، عبد الحي: **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**. بيروت: دار الفكر ط 1988م.

5. ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكربن أيوب:**أعلام الموقعين**. تحقيق طه عبد الرؤوف. بيروت: دار الجيل. 1973م.

6. ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي: **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات**. تحقيق عبد الغني عبد الخالق.عالم الكتب. "دون تاريخ أورقم طبعة"

7. ابن تغري بردى، يوسف: **النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة**. القاهرة: المؤسسة المصرية العامة للتأليف1963م.

8. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم: **الفتاوى الكبرى**. ط1. بيروت: دار المعرفة. 1988م.

9. ابن جزيّ، محمد بن أحمد: **القوانين الفقهية**. ط1. بيروت: دار القلم . 1977م.

10. ابن رشد، محمد القرطبي: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط6.

11. ابن عابدين، محمد أمين: **حاشية رد المحتار على الدر المختار**. دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض.ط1.بيروت: دار الكتب العلمية. 1994م.

12. ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله: **الكافي**. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية 1986م.

13. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا: **معجم مقاييس اللغة**. تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون.ط2بيروت. دار الجيل. 1968م.

14. ابن قاسم مخلوف، محمد بن محمد: **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية 2003 م.

15. ابن قدامة المقدسي،عبدالله: **الكافي في فقه أحمد بن حنبل**. تحقيق زهير الشاويش. ط5. بيروت: المكتب الإسلامي 1988م.

16. ابن قدامة، عبدالله بن أحمد: **المغني**. تحقيق محمد شرف الدين خطاب،و السيد محمد السيد، وإبراهيم صادق. ط1. القاهرة: دار الحديث. 1996م.

17. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني: **سنن ابن ماجة**. ط1. بيروت: دار الجيل. 1998م.

18. ابن منظور، محمد بن مكرم: **لسان العرب**. بيروت: دار صادر. 1997م.

19. ابن نجيم زين الدين بن عابدين: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية**. ط1. دار الكتب العلمية. 1997م.

20. أبو البصل، عبد الناصر موسى: **دراسات في الفقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد**. ط1. عمان. دار النفائس. 1999م.

21. أبو البصل، علي عبد الأحمد: **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي والقـــانون المدني الأردني** – رسالة دكتوراة – الجامعة الأردنية – عمان. 1995م.

22. أبو داود، سليمان بن الأشعث: سنن أبي داود. تحقيق صدقي محمد جميل. بيروت: دار الفكر. 1994.

23. أبو قاهوق: عبد المنعم: **عقد المقاولة، المفهوم،التكييف الفقهي، الخصـــائص**. بحث قيد النشر. جامعة النجاح الوطنية. نابلس.2001م

24. أبو قرين، أحمد عبد العال: **الأحكام العامة لعقد المقاولة**. ط1. القاهرة. 2003م.

25. إدريس، عبد الفتاح محمود: **قبس من فقه المعاملات**. ط1. 1997م.

26. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن: **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**. تحقيق. د. محمد حسن هيتو.ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة 1981 م.

27. الألفي، محمد جبر: *عقد المقاولة*: **الإنشاء والتعمير**، مجمع الفقه الإسلامي – جدة – الدورة عشرة 2003م

28. الأنصاري، زكريا بن محمد: **الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية**. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية 1997م.

29. البابرتي، محمد بن محمد: **شرح العناية، مع فتح القدير**. بيروت: دار الفكر.

30. البعلي، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد: **كشف المخدرات والريـــاض المزهـــرات شرح أحصر المختصرات** في **فقه إمام السنة أحمد بن حنبل**. من منشورات السعيدية بالرياض – دون تاريخ أو رقم طبعة –

31. البُغا، مصطفى: **فقه المعاوضات**.ط5. منشورات جامعة دمشق.1992م.

32. البغدادي، أحمد بن علي: **تاريخ بغداد**. بيروت: دار الكتب العلمية.

33. البهوتي، منصور بن يونس: **كشاف القناع عن متن الإقناع**. بيـــروت: دار الفكـــر 1982 م.

34. البوطي، محمد توفيق رمضان: **البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شـــرعيتها**. ط1.دمشق: دار الفكر 1998م.

بيروت: دار الكتب العالمية. 1993 م.

بيروت: دار المعرفة. 1982م.

35. التارزي، مصطفى كمال: *الإستصناع والمقاولات في العصر الحاضر*. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**. العدد السابع 1992م.

تحقيق أحمد غزو. ط. بيروت: دار الكتب العلمية 2000م.

36. التنوجي: صديق بن حسن: **أبجد العلوم**. تحقيق عبد الجبار زكار. بيروت: دار الكتب العلمية 1978 م.

37. الثبيتي، سعود بن مسعد: *الإستصناع*. **مجلة مجمع الفقهي الإسلامي** – جدة – العدد السابع. 1992م. جدة: دار الشروق 1980م

38. الجرجاني، علي: **التعريفات**. تحقيق. إبراهيم الإبياري: بيروت دار الكتاب العربـــي 1985م.

39. جعفر، محمد علي: **تاريخ القوانين**. ط1. بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر 1988م.

40. جعيط، كمال الدين: *عقد الإستصناع*. **مجلة مجمع الفقه الإسـلامي** – جدة – العـدد السابع 1992م.

41. الجميلي، خالد رشيد: **الجعالة وأحكامها في الشريعة والقانون**.ط1. بيروت: مكتبـة النهضة العربية 1986م.

42. حاجي خليفة، مصطفى بن عبد الله: **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**. بيروت: دار الفكر. 1982 م.

43. الحافظ، محمد مطيع وأباظة، نزار: **علماء دمشق وأعيانها في القرن الثالث عشر الهجري**. ط1. دمشق: دار الفكر المعاصر. 1991 م.

44. الحطاب، محمد بن عبد الرحمن: **مواهب الجليل**. ط2. بيروت: دار الفكر 1977م.

45. حماد، نزيه: **عقد السلم في الشريعة الإسلامية**.ط1. دمشق: دار القلم. 1993م.

46. حيدر،علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدليـة**. تعريـب فهمـي الحسـيني. بيروت: دار الكتب العلمية – دون تاريخ أو طبعة–

47. الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي: **حاشية الخرشي على مختصر سـيدي خليـل**. ط1. دار الكتب العلمية. 1997م.

48. الخفيف: علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**. مطبعة الجبلاوي. 1976م

49. الخن، مصطفى: **فقه المعاملات**. منشورات جامعـة دمشـق. 1994م. دار الفكـر 1995 م.

50. الدريني، فتحي: **النظريات الفقهية**. ط3. دمشق: منشورات جامعة دمشق. 1992م.

51. الدسوقي، محمد بن أحمد عرفة: **حاشية الدسوقي على الشــرح الكبيــر للــدردير**. ط1.بيروت: دار الكتب العلمية. 1996م. دمشق: دار القلــم. 1999م. دمشــق: دار المكتبي 2000م.

52. الدمياطي، عثمان بن محمد: **حاشية إعانة الطالبين على حل ألفــاظ فــتح المعــين**. ضبطه وصححه محمد سالم هاشم. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية 1995م.

53. رسلان، نبيلة: **عقد المقاولة**.كلية الحقوق، جامعة طنطا. دون تاريخ أو رقم.

54. الرملي، محمد بن أبي العباس: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**.

55. الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني: **تاج العــروس مــن جــواهر القــاموس**. ط3. تحقيق علي شيري: بيروت: دار الفكر. 1994م.

56. الزحيلي، محمد: **أصول الفقه الإسلامي**. ط5. دمشــق: مطبعــة جامعــة دمشــق. 1987م.

57. الزحيلي، محمد: **العقود المسماة – البيع- المقايضة-الإيجــار** – ط4. منشــورات جامعة دمشق 1994م.

58. الزحيلي، وهبة: **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقــانون المدني الأردني**. ط1. دمشق: دار الفكر. 1987م.

59. الزحيلي، وهبة: *عقد المقاولة*. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** – جدة- الدورة الرابعــة عشرة. 2003م.

60. الزحيلي،وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ط1. دمشق: دار الفكر. 1984م.

61. الزحيلي،وهبة: **نظرية الضرورة الشرعية.** ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1979م.

62. الزرقاء، مصطفى: *الإستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة.* **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** – جدة – العدد السابع 1992م.

63. الزرقاء، مصطفى: **المدخل الفقهي العام.** ط9. دمشق: دار الفكر. 1967م.

64. الزرقاء، مصطفى: **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة.** ط1.

65. الزركلي، خير الدين الأعلام. ط13. بيروت: دار العلم للملايين. 1998 م.

66. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق.**

67. السالوس، علي: *عقد الإستصناع*.**مجلة مجمع الفقه الإسلامي.** العدد السابع. 1992م.

68. سانو، قطب مصطفى: *عقد المقاولة.* **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** – جدة– الدورة الرابعة عشرة 2003م.

69. السبكي، عبد الوهاب بن علي: **طبقات الشافعية الكبرى.** تحقيق مصطفى عبد القادر. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1999م.

70. السبيعي، عبد الله بن علي بن حميد: **الدُّرّ المنضد في أسماء كتب مذهب الإمام أحمد.** تحقيق محب الدين عمر بن غرامة العمروي. بيروت: دار الفكر.1995 م.

71. السرحان، عدنان: **شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في المقاولة – الوكالة – الكفالة.** ط1. دار الثقافة. عمان – دون تاريخ للطبعة –

72. السرخسي، محمد بن أحمد: **المبسوط**. تحقيق محمد حسن الشافعي. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 2001م

73. سلطان،أنور: **مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني**.ط1. عمان: منشورات الجامعة الأردنية 1987م.

74. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ط3. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية 1998 م.

75. السنهوري، عبد الرزاق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. بيروت: دار إحياء التراث العربي دون تاريخ

76. سوار، محمد وحيد الدين: **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**. ط2. عمان: مكتبة دار الثقافة 1988م.

77. سوار،وحيد الدين: **النظرية العامة للإلتزامات**. ط2. دمشق: المطبعة الجديدة 1987م.

78. السيواسي: كمال الدين بن الهمام: **شرح فتح القدير على الهداية. وبهامشه شرح العناية** للبابرتي،محمد بن محمد. بيروت: دار الفكر"دون تاريخ أو رقم طبعة ".

79. السيوطي: جلال الدين: **سنن النسائي المسمى بالمجتبى بشرح السيوطي**.

80. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: **الأشباه والنظائر**. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1983م.

81. سيوفي، جورج: **النظرية العامة للموجبات والعقود**. ط2. بيروت 1994م.

82. الشاطبي، إبراهيم بن موسى: **الموافقات في أصول الشريعة**.تحقيق عبد الله دراز. بيروت: دار المعرفة. "دون تاريخ أو رقم طبعة ".

83. الشافعي، محمد بن ادريس: **الأم**. ط2. بيروت: دار المعرفة 1973م.

84. الشامسي، جاسم علي: *عقد المقاولة*. **مجلة الفقه الإسلامي**.- جدة- الدورة الرابعة عشرة. 2003م.

85. شبير،محمد عثمان: **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**. ط1. عمان: دار النفائس. 1996م.

86. الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض. ط1 بيروت: دار الكتب العلمية. 1992م.

87. الشرقاوي، جميل:**النظرية العامة للإلتزام**. دار النهضة العربية 1995م.

88. الشريف، شرف بن علي: **الإجارة الواردة على عمل الإنسان**. ط1.

89. شنب، محمد لبيب: **شرح أحكام عقد المقاولة**. القاهرة: دار النهضة. 1992م.

90. الشهاوي، قدري عبد الفتاح: **عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن**. ط2. القاهرة. منشأة المعارف حزى وشركاه. 2002م.

91. الشيرازي،إبراهيم بن علي:**المهذب**. بيروت: دار الفكر" دون تاريخ أو رقم طبعة

92. الصاوي،أحمدبن محمد: **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير**. الطبعة الأخيرة. مطبعة البابي الحلبي. 1952م.

93. الضرير، الصديق محمد الأمين: **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإســلامي**. ط2. بيروت: دار الجيل. 1990م.

94. طه، مصطفى كمال: **القانون التجاري**. الدار الجامعية. 1988م.

95. عبد الرزاق، بن همام: **المصنف**. تحقيق حبيب الأعظمــي. ط. بيــروت: المكتــب الإسلامي 1983م.

96. عبيدات، نوري يوسف: **مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني**– دراسة مقارنة – رسالة ماجستير غير منشورة – الجامعة الأردنية. عمان. 1987م.

97. العسقلاني، أحمد بن حجر: **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**. ط1. بيــروت: دار الكتب العلمية 1989م.

98. عفانة: حسام الدين: **يسألونك**: الجزء الثامن.ط1. 2003م.

99. علي، محمد بن أبي الفتح: **المطلــع**، تحقيق محمد بشير الأدلبي. بيــروت: المكتــب الإسلا مي 1981م.

100. عنبر، محمد عبد الرحيم: **عقد المقاولة والتوكيلات التجارية**.ط2. القاهرة 1987م.

101. الغزالي: محمد بن محمد: **المستصفى**. تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية. 1992 م.

102. الفرفور، محمد عبد اللطيف: *أثر الإستصناع في تنشيط الحركة الصــناعية*.**مجلــة مجمع الفقه الإسلامي** –جدة– العدد السابع. 1992م.

103. الفضل، منذر: **تاريخ القانون**. ط2. عمان: مكتبة دار الثقافة. 1996 م.

104. الفضلي، جعفر: **الوجيز في العقود المدنية – البيع- الإيجـــار- المقاولـــة** – ط2. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1997م.

105. الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: **القـــاموس المحـــيط**. ضـــبط وتوثيـــق يوســـف البقاعي.بيروت: دار الفكر. 1995م.

106. قدري باشا، محمد: **مرشد الحيران إلى معرفة أحـــوال الإنســـان**. عمـــان: الـــدار العربية. – دون تاريخ أو رقم طبعة-

107. القرآن الكريم

108. القرة داغي، علي محيي الدين: *عقد الإستصناع* **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**. العدد السابع. 1992م.

109. قرة، فتيحة: **أحكام عقد المقاولة**. ط1. الإسكندرية: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه. 1992 م.

110. القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري: **الجامع لأحكام القرآن**. بيـــروت.دار إحيـــاء التراث العربي. 1966م.

111. الكاساني، علاء الدين "أبو بكر " بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيـــب الشـــرائع**. تحقيق عادل أحمد و علي معوض .ط1. بيروت: دار الكتب العلمية 1997م.

112. الكردي، أحمد الحجي: **فقه المعاوضات**. ط2. منشورات جامعة دمشق. 1989م.

113. اللفتاوي،صاحب و منذرالفضل، **شرح القانون المدني الأردني. العقود المسماة – البيع والإيجار** – ط3. عمان مكتبة دار الثقافة 1996م.

114. مالك بن أنس: الموطأ. علق عليه وصححه محمد فؤاد عبد الباقي. القاهرة: دار احياء الكتب العلمي. "دون تاريخ أو رقم طبعة ".

115. مجمع اللغة العربية: **معجم الوسيط**. ط2. القاهرة: 1972م.

116. المصري، رفيق يونس: **الجامع في أصول الربا**. ط2.دمشق: دار القلم.2001م.

117. المصري، رفيق يونس: **بحوث في فقه المعاملات المالية**. ط1.

118. منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للإلتزامات**.ط1. عمان: الدار العلمية الولية للنشر والتوزيع2001م.

119. الميداني، الشيخ عبد الغني الغنيمي: **اللباب في شرح الكتاب**.حققه محمود أمين النواوي.بيروت: دار الكتاب العربي. "دون تاريخ أو رقم طبعة "

120. النشمي، عجيل جاسم: *عقد المقاولة*. **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** – جدة – الدورة الرابعة عشرة. 2003م.

121. نقابة المحامين: **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. ط2. عمان. مطبعة التوفيق. 1985م.

122. النووي، يحيى بن شرف: **روضة الطالبين ومعه منقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع لجلا ل الدين السيوطي.** تحقيق عادل أحمد وعلي محمد معوض. بيروت: الكتب العلمية 1992م.

123. النووي، يحيى بن شرف: **صحيح مسلم بشرح النووي.** ط2. بيروت: دار المعرفة. 1995م.

124. هاشم، هشام رفعت: **شرح قانون العمل الأردني.** ط2. عمان. مكتب المحتسب. 1990م.

125. وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع: مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين،**مشروع القانون المدني الفلسطيني** .

126. وفا، محمد عبد الرحمن: **عقود الإيجار الفاسدة في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية العربية.** القاهرة: دار الفكر العربي. 1996م.

127. وفا، محمد: **أثر صور البيوع الفاسدة – بيوع الربا والغرر والبيع المقترن بشرط فاسد في الفقه إسلامي والقانون الوضعي.** القاهرة: مطبعة السعادة 1984م.

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

Contract Agreement in the Islamic Fiqeh

Prepared By
Ziad Shafiq Hasan Qrarya

Supervised by
Dr. Hasan Sa'ad Awad Khader

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Fiqh wa Tashree, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.

2004

Contract Agreement in the Islamic Fiqh
Prepared by
Ziad Shafiq Hasan Qrarya
Supervised by
Dr. Hasan Sa'ad Awad Khader

Abstract

In this study, the researcher deals with rules of contract agreement in the Islamic Fiqeh, and a comparative study with what has been stated in the civil law especially with those laws depending on the Islamic Fiqeh as it is the case of the Jordanian Civil Law.

This study includes an introduction, five chapters and a conclusion.

The study clarifies the facts and the reality of contract agreement in the Islamic Fiqeh and law. And so as to be plainly defined, the researcher pointed out its distinctiveness, compared it with similar contract agreements and clarified its chief characteristics which make it appears as an independent contract agreement.

This study clarifies the importance of contract agreement and its effect in activating the economic cycle, its conditions and implications with their religious evidence from the Kuran, Al-Sunnah and logic. Then the researcher started to explore the elements of the contract

agreement which are: the statement, both contractors, and the thing that contracted upon. The researcher also mentioned the reasons in order to cover the legal dimension in his research with an explanation for each element of these points.

The researcher prefers to talk about the effects of the contract agreement through indication to the contractor and employer commitment.

And in the last chapter, the researcher handles the causes of abolishing the contract agreement in both Al-Sharee'ah rules and law.

An index of the Kuranic verses, prophetic traditions, biographies of the famous figures, references and sources is added at the end of this study.

تتتتتت